

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

**UM MODELO RESTAURATIVO DE CENSURA
COMO LIMITE AO DISCURSO PUNITIVO**

**Tese apresentada como requisito parcial para
defesa e obtenção do título de Doutor pelo
Programa de Pós-graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Titular Dr. Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho**

**CURITIBA
2014**

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TERMO DE APROVAÇÃO

André Ribeiro Giamberardino

Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do título de Doutor em Direito e aprovado pela seguinte banca examinadora:

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Federal do Paraná – UFPR

Membro: Professor Dr. Alexandre Moraes da Rosa (UFSC)

Membro: Professora Dra. Flaviane de Magalhães Barros (PUC-MG)

Membro: Professor Dr. Pedro Rodolfo Bodê de Moraes (UFPR)

Membro: Professor Dr. Salo de Carvalho (UFSM)

Curitiba, 14 de abril de 2014

“E se a sentença se anuncia bruta
Mais que depressa a mão cega executa
Pois que senão
O coração perdoa”

Fado tropical, Chico Buarque

AGRADECIMENTOS

Pelo apoio e suporte nesse período de quase 4 anos de Curso de Doutorado, agradeço, antes de todos: à Iza, por cada minuto e “por toda minha vida”, aos meus pais, Pedro, Ana Luisa e familiares, em vida e na saudade, à família Robl, que agora é minha também, e à dupla Amendoim e Bisnaga.

Agradeço a meu orientador, Professor Jacinto, com muito afeto. Também ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, na pessoa dos amigos Luís Fernando e Clara, Coordenador e Vice-Coordenadora do Programa, pelosuporte e pela viabilização da apresentação de parte da presente pesquisa em congressos em Oslo, Noruega, em setembro – possibilitando ouvir críticas de Nils Christie – e em Roma, Itália, em novembro, ambos eventos no ano de 2013.

Agradeço ao Professor Massimo Pavarini pelo constante incentivo e apoio, mesmo à distância, e em sua pessoa todos os amigos e colegas que, do outro lado do Atlântico, colaboraram na pesquisa bibliográfica e no intercâmbio de ideias e críticas.

Agradeço ao Daniel Avelar, Juiz do Tribunal de Júri de Curitiba, bem como a Marília Narloch, psicóloga, e Cristina Maria Fischer Sperandio Madureira, assistente social, pela acolhida e disponibilização do valioso material reunido na 2ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba, Paraná, bem como ao Professor Pedro Bodê de Moraes, pela constante disponibilidade, orientações e indicações bibliográficas, e ao Gustavo Trento Christoffoli, pelo auxílio imprescindível na organização dos dados.

Agradeço aos Professores Paulo Busato, Cláudio Brandão e Clara Maria Roman Borges, presentes na Banca de Qualificação, pelas críticas e contribuições.

Agradeço ao Daniel Achutti e à Raffaella Pallamolla pelas orientações e sugestões de bibliografia, bem como ao Salo de Carvalho, Gediel, Juarez Cirino, pelo incentivo.

Agradeço aos responsáveis por experiências marcantes, do ponto de vista pessoal e profissional, durante o período do Curso de Doutorado: ao Maurício Stegemann Dieter, ex-sócio, mas sempre perto, a Maria Tereza Uille Gomes, exemplo de dedicação e empenho em prol de causas que transcendem qualquer medida de sucesso pessoal, ao Miguel Godoy, Gustavo Roxo, Marília, Ricardo Marcelo, Vera Karam, todos os queridos amigos maristas, aos amigos – colegas de pós, professores, servidores, estudantes – da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Positivo, especialmente no Núcleo de Prática Jurídica da UFPR e na pessoa dos acadêmicos que participaram das “duas edições” da disciplina tópica sobre práticas restaurativas – que venham outras e novos projetos – e que têm se interessado sobre o tema; e agora, aos colegas da Defensoria Pública do Estado do Paraná, parceiros dessa bela e longa estrada que se abre ao futuro.

RESUMO

Pena, punição e seus elementos são representações social passíveis de desconstrução crítica, rejeitando-se a sua essencialização, especialmente no que toca à necessidade de afluência. É possível afirmá-lo a partir da análise de 486 estudos psicosociais realizados no âmbito da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, consistentes em entrevistas com réus, vítimas e familiares em casos de crimes dolosos contra a vida, entre 2007 e 2012. O discurso punitivo é compreendido como prática constitutiva da realidade, abarcando o conceito de poder punitivo, mas sem nele se esgotar, visto que opera com uma concepção de controle social atenta à sua dimensão horizontal, e não apenas formal/estatal. No cerne da discussão, nesse sentido, está a construção de práticas de censura distintas da pena, na medida em que a comunicação e expressividade viriam fundadas na alteridade, ou seja, na participação ativa dos envolvidos, e não na afluência presente na intencional imposição de sofrimento a outrem. Adere-se parcialmente, desse modo, às teorias comunicativas da pena, tradicionalmente identificadas como vertentes do retributivismo, excluindo-se porém o componente afluente. Para tanto, são revisadas criticamente as principais teorias de justificação da pena, a partir dos horizontes do retributivismo e do utilitarismo, posicionando-se pela impossibilidade de adesão à matriz utilitarista cara ao direito penal e processual penal moderno. Retoma-se a reflexão sobre a importância da linguagem e das interações para a constituições de práticas de controle social, sem descuidar de sua estrutura material, e se insere nesse sentido a proposta da censura restaurativa, por meio de práticas de mediação e reparação simbólica, capaz de deslegitimar “por baixo” e assim se colocar como limite ao discurso punitivo, sendo este o sentido de qualquer hipótese de institucionalização e da revisão proposta sobre temas centrais na teoria do direito processual penal que estão na base do confisco do conflito e da exclusão de qualquer participação da vítima. A proposta se afasta parcialmente, nesse sentido, das teses abolicionistas, pois se assume a natureza política, e não jurídica, da pena; bem como do garantismo, que pouco se diferencia da fundamentação político-filosófico liberal e suas promessas jamais cumpridas; mas também rejeita qualquer proposta de colonização pelo sistema penal que reduza as práticas restaurativas a (mais) uma espécie de alternativa penal. Considerando a realidade brasileira como profundamente marcada pela opressão, pelo arbítrio estatal e pela desigualdade social, não há possibilidade de se adentrar no tema sem que se o faça levando em conta uma série de ressalvas, tais como os riscos de cooptação pela perspectiva que quer apenas “menos Estado” em prol da “auto-responsabilização” de indivíduos e a atomização das comunidades, como componente do mesmo processo que leva à fragilização dos laços sociais, à privatização das políticas de segurança e à legitimação das práticas de repressão e extermínio da população socioeconomicamente mais vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: filosofia da pena; justiça restaurativa; mediação penal.

ABSTRACT

The analysis of 486 interviews conducted by a psychologist and a social worker between 2007 and 2012 with defendants, victims or their families, in cases of homicide that occurred in the city of Curitiba, supports the critical deconstruction of the traditional concept of punishment, with the needs of victims as starting point. The punitive discourse is understood as a constitutive practice of reality, embracing the concept of punitive power, but going further, whereas it operates with a conception of social control aware of its horizontal dimension. The thesis discusses the possibility of building practices of censorship distinct from punishment, in which communication and expressiveness come based on otherness, ie, with the active participation of those involved, questioning the need for hard treatment and intentional infliction of suffering. It seems possible to delegitimize prison as our main penalty through forms of social control that permit the production of censure through restorative justice practices, shifting the focus from the state to those effectively involved in the conflict. The greatest challenge in Brazil to implement restorative practices appear to be, on the one hand, the need to take into account the great social inequality and, secondly, the importance of guaranteeing individual rights facing a State whose agents often act outside the law. The institutionalization of restorative justice and penal mediation in this context is an open question to be debated in the coming decades.

KEY-WORDS: philosophy of punishment; restorative justice; penal mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAP. 1. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DAS PRÁTICAS DE CENSURA E A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	
1.1. Premissas.....	8
1.2. Discursos.....	13
1.3. Os estudos psicossociais cedidos pelo Tribunal do Júri de Curitiba/PR.....	18
1.4. Vitimologia e a participação da vítima no processo penal brasileiro.....	27
1.5. “Pontes ao invés de muros”: o que <i>poderia</i> acontecer?.....	38
 CAPÍTULO 2. PENA	
2.1. O criminoso merece sofrer? Ainda sobre a racionalização da pena e sua justificação retributiva.....	50
2.2. Prevenção.....	65
2.3. Teorias ecléticas.....	71
2.4. <i>Inquisitio</i> e <i>crimen laesae maiestatis</i>	78
2.5. Do fundamento político-filosófico.....	86
 CAP. 3. CENSURA E CONTROLE SOCIAL	
3.1. Restauração, controle social e afluência.....	95
3.2. Responsabilidade na alteridade.....	112
3.3. Movimentos de resgate da participação ativa dos sujeitos do conflito: “restauração” e justiça restaurativa.....	127
 CAP. 4. BRASIL, O PAPEL DO ESTADO E OS DESAFIOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO	
4.1. Controle social e violência no Brasil e na modernidade periférica.....	148
4.2. Economia e pena: pontos de distinção entre um modelo restaurativo de censura e os discursos do neoconservadorismo e do neoliberalismo.....	159
4.3. Do papel do Estado: institucionalização, <i>accountability</i> e as possibilidades de relação entre práticas restaurativas e o ordenamento jurídico.....	172
 CONCLUSÕES.....	194
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	198
 ANEXO 1.....	222

INTRODUÇÃO

Dois minutos. Segundo relato dos presentes, esse foi o tempo aproximado de duração do abraço entre a vítima – que havia ficado paraplégica – e o recém-condenado pela tentativa de homicídio da primeira, logo após o encerramento da Sessão de Julgamento da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba, em 30 de julho de 2012 (NC: 206¹). Não importa, por ora, os motivos do ato, as particularidades do caso, a personalidade dos envolvidos, a complexidade, enfim, envolvendo uma situação dramática que chega a um semelhante desfecho. O que importa, talvez, seja justamente o fato de nada disso realmente importar para a resolução técnico-jurídica do caso penal e sua compreensão pelos parâmetros tradicionais da dogmática penal material e processual.

Poucos meses depois, não longe dali, na cidade de Almirante Tamandaré (Região Metropolitana de Curitiba), em 14 de janeiro de 2013, outra tentativa de homicídio acabou mal: após dois disparos contra um desafeto, a arma de C. S. travou e ele foi linchado pela população local, vindo a falecer no dia seguinte por conta das agressões sofridas². No início de 2014, ainda, um adolescente supostamente autor de atos infracionais equivalentes a roubos e furtos no bairro do Flamengo, no Rio de Janeiro, foi agredido com uma faca, despido e preso pelo pescoço, nu, a um poste, através de uma trava de bicicleta³.

A racionalização da monopolização da “coação física legítima” pelo Estado moderno⁴, que tem no condicionamento da aplicação da pena ao devido processo legal sua expressão por excelência, pretende dar conta apenas do segundo grupo de situações. A rejeição da vingança privada e a expropriação da possibilidade de se “fazer justiça

¹ NC ou *número de controle* 206. Processo criminal de autos n. 2010.16619-8, que tramitou na 2ª Vara do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná.

² “Atirador morre depois de ser linchado por populares”. *Gazeta do Povo*, notícia de 15 de janeiro de 2013, disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1336086>.

³ “Adolescente atacado por grupo de ‘justiceiros’ é preso a um poste por uma trava de bicicleta”. *O Globo*, notícia de 3 de fevereiro de 2014, disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/adolescente-atacado-por-grupo-de-justiceiros-preso-um-poste-por-uma-trava-de-bicicleta-no-flamengo-11485258.html>.

⁴ No sentido de WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, vol. II, p. 529: “o Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio da dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se, ele próprio, em seu lugar, representado por seus dirigentes supremos”.

pelas próprias mãos”⁵ foram e são, de fato, pilares teóricos de justificação do processo penal moderno, situado, assim, entre um dos principais sustentáculos do conceito de Estado de Direito, inclusive se admitindo a existência de uma violência latente e exercida à margem da legalidade pelo próprio sistema penal⁶. Diante dessa, o fortalecimento de um direito penal e processual penal construídos à luz das garantias constitucionais viria a ser, ao menos, uma forma de limite ao arbítrio.

Todavia, a aposta iluminista nunca superou o risco de que o próprio direito penal acabasse servindo como propagador, multiplicador e potencializador de uma violência destrutiva no seio das relações sociais, deixando de ser antídoto, tornando-se novamente veneno⁷. A questão inicial que se coloca é até que ponto seria possível avançar para além da premissa de base hobbesiana segundo a qual na ausência do Leviatã ter-se-ia a “guerra de todos contra todos”; se é factível e fundado pensar a pena ou, em sentido mais amplo, os mecanismos de censura, a partir de um prisma que aposte na participação dos próprios envolvidos na situação legalmente definida como “crime”: os sujeitos vitimizados e criminalizados, com suas respectivas famílias e comunidades de suporte, através da abertura a formas criativas de reparação e práticas de mediação.

Da decomposição do título proposto, pode-se dar os passos iniciais: primeiramente, falar de “um” e não de “o” modelo de censura indica a rejeição do sentido de inevitabilidade que se arroga à pena estatal e de inexistência de outras respostas possíveis além da privação da liberdade, estratégia de ocultamento própria da pena moderna⁸. A visualização da noção de “pena”, e seus elementos, como construção social passível de análise crítica, vai no sentido oposto de sua essencialização, tomando como dadas suas representações tradicionais. O que é “fazer justiça”, afinal? O que significa “pagar pelo que fez”? A reflexão que emerge das “falas” de familiares, réus e vítimas de casos de homicídio, na 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Curitiba, Paraná, entre 2007 e 2012, não permite a indicação de um sentido unívoco a essas expressões, como pretende o discurso jurídico-penal. Ao contrário, constata-se justamente a sua impossibilidade.

⁵ Vide o tipo penal relativo ao “exercício arbitrário das próprias razões”, por exemplo: art. 345, Código Penal – “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

⁶ Sobre, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

⁷ MOSCONI, Giuseppe. “La pena e la crisi”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 67.

⁸ GARLAND, David. *Punishment and modern society*, p. 3.

O termo “modelo” remete, ainda, a uma dimensão eminentemente normativa e que deve ser articulada sob o prisma da filosofia política da punição. Isso não significa descuidar das dimensões materiais da questão, mas ponderar sobre a necessidade de refletir sobre os limites do liberalismo jurídico-penal como fundamento da pena moderna.

A vinculação do adjetivo “restaurativo” à noção de censura não significa que se pretenda reduzir a discussão ao movimento da justiça restaurativa, a qual tem sido objeto de atenção e teorização acadêmica há somente algumas décadas, não obstante sua prática e experiencição seja um fenômeno inegavelmente anterior. O objetivo é demarcar ao menos duas assertivas centrais: primeiro, que se não busca aproximar, mas diferenciar, o conceito de restauração à concepção tradicional de punição, o que só é possível, segundo, afirmando um conceito de censura que se não confunde com o de punição porque ausente o elemento da imposição intencional de sofrimento. Nesse ponto, é necessário resgatar o potencial crítico da reflexão sociológica sobre o conceito de controle social e questionar até que ponto é necessária a afluência para a consecução de uma função expressiva e comunicativa para a censura.

Portanto, trata-se de refletir sobre a construção de práticas de censura que se fundem na alteridade, ou seja, na participação ativa dos envolvidos, e não na afluência presente na intencional imposição de sofrimento a outrem por meio da pena. Mesmo sendo as práticas restaurativas o que há de mais concreto hoje, nesse sentido, é preciso cuidado para que os termos ou denominações escolhidos não tragam junto pré-conceitos e definições que podem limitar o potencial da proposta.

A ideia de “limite”, a seu turno, define desde logo o sentido de qualquer possível institucionalização das práticas restaurativas: afasta-se parcialmente, nesse sentido, das teses abolicionistas, pois se assume a natureza política, e não jurídica, da pena; bem como do garantismo, que se não diferencia do fundamento político-filosófico liberal e suas promessas jamais cumpridas; mas também se rejeita qualquer proposta de colonização pelo sistema penal que reduza as práticas restaurativas a (mais) uma espécie de “alternativa penal”. O limite viria da alteridade, o que só é possível com a participação dos envolvidos no lugar de sua marginalização processual.

Por fim, as práticas restaurativas constituiriam um limite ao “discurso punitivo”, tomado este como formação discursiva só compreendida, aqui sim, sob o prisma da economia política da pena e como prática constitutiva da realidade. Por discurso punitivo se pretende abarcar o conceito de poder punitivo, mas sem nele se esgotar,

visto que opera com uma concepção de controle social atenta à sua dimensão horizontal, e não apenas formal/estatal.

Modalidades horizontais de controle social podem integrar, nesse sentido, as formações discursivas que sustentam o tradicional sistema penal em suas práticas punitivas lícitas e ilícitas; todavia, essas mesmas formas não poderiam servir como limite se construídas sob um escopo de censura restaurativa e fundadas na alteridade?

O que a princípio se pode trazer como hipótese é que “o que querem as vítimas” não seria sempre ou necessariamente a imposição de sofrimento ao ofensor, havendo, bem ao contrário, uma complexa teia de fatores e circunstâncias que poderiam e deveriam ser levadas em conta, mas restam por não ter qualquer relevância no âmbito do sistema penal formal nos moldes como ele é hoje operacionalizado.

Ciente que o lugar a partir do qual se fala é um país marcado pela opressão, pelo arbítrio estatal e pela desigualdade social, não há possibilidade de se adentrar um tema como esse sem que se o faça levando em conta uma série de riscos e ressalvas, articulados de forma difusa no trabalho.

Primeiramente, por exemplo, a rejeição de uma perspectiva tipicamente neoliberal que quer “menos Estado” em prol da “auto-responsabilização” de indivíduos e a atomização das comunidades, como componente porém do mesmo processo que leva à fragilização dos laços sociais, à privatização das políticas de segurança e à legitimação da postura estatal de repressão e extermínio nas regiões mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

Uma segunda ressalva diz respeito à necessidade de que a perspectiva crítico-criminológica mantenha na mesa a questão da seletividade estrutural do sistema penal e o imenso risco ao cidadão decorrente da flexibilização de garantias processuais. O ideal é que a restauração, em cada caso, torne-se uma oportunidade ou processo político de reconhecimento e transformação social, vindo a ser, nesses termos, uma “justiça transformativa”⁹. Compatibilizar as justiças restaurativas com as criminologias críticas exige a passagem pelo desafio teórico de se assumir a censura como conceito mais amplo que o de pena ou poder punitivo, podendo se falar daquela sem que se trate de uma relegitimação deste último, o que só parece ser possível com o resgate da reflexão sobre um controle social horizontal ou material que esteve na base das teorias

⁹ WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice*, p. 17.

interacionistas do *labeling approach*¹⁰. O desafio, enfim, é justamente a busca pelo delineamento de um modelo que eleve a escopo a restauração, levando em conta a realidade material e afastando a necessidade de afluência para comunicação do juízo de censura.

Em terceiro lugar, não se pretende operar com um modelo sociológico consensual no que tange às relações sociais ou ao próprio processo penal: ao contrário, enfatiza-se o reconhecimento do conflito e das contradições que devem emergir, e não submergir, nas práticas de mediação.

Em quarto lugar, em nenhum momento se cogita a sugestão de uma espécie de substitutivo ao processo: está-se a falar de censura, e não de acerto do caso penal, ou seja, não há possibilidade de mediação na instrução probatória e sem que se tenha, por premissa, que os fatos são, na medida do possível, incontroversos.

Por fim, uma quinta ressalva diz respeito ao próprio conceito de justiça restaurativa, cuja univocidade simplesmente não existe, e sua relação com o direito e o sistema penal. Se não há um conceito ou modelo, o que há são princípios e valores fundados na desconstrução de alguns mitos legitimantes do sistema penal tradicional e que buscam conferir uma nova perspectiva, um “outro olhar” sobre a resolução do conflito: para alguns, uma forma efetivamente não punitiva; para outros, apenas mais uma “alternativa penal”, mais suave, reconduzível às justificações retributivistas ou utilitaristas. Cada modelo ou prática pode se aproximar ou se distanciar, nos fatos, dos princípios fundamentais da justiça restaurativa.

Ocorre, de todo modo, tratar da abertura das possibilidades de participação de vítima e ofensor como um projeto político – o que pode também levar à sua compreensão como movimento social¹¹ – tanto porque condicionado pelo contexto em que se encontra inserida, como porque, se ignorada tal vocação para a transformação social, as práticas restaurativas serão mui provavelmente apropriadas e instrumentalizadas para outros fins e, novamente, para a expansão e relegitimação do poder punitivo estatal, não havendo melhor exemplo desse tipo de distorção que a criação e funcionamento dos Juizados Especiais Criminais (sobre, v. item 4.2).

¹⁰ No sentido apresentado no importantíssimo texto: MELOSSI, Dario. “Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory”. *Criminology*, v. 23, n. 2, 1985, p. 193-208.

¹¹ WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 18.

A questão em aberto, como bem sintetiza MOSCONI¹², é também cultural: como construir uma forma de mediação que efetivamente decorra e dialogue com as relações sociais horizontalmente tomadas, não sendo simplesmente e sempre re-cooptada na esfera penal. Seria viável pensar em uma “regulação da complexidade” sem a drástica redução desta última?¹³ Nesse sentido, uma “transformação restaurativa” não seria possível com alterações legislativas, mas com a mudança da maneira como as pessoas pensam sobre o mundo a seu redor¹⁴, no caso, sobre apunção, sobre a justiça, sobre a violência.

A tese se organiza, assim, em quatro capítulos. No primeiro, seus principais pontos são levantados a partir da análise de 486 (quatrocentos e oitenta e seis) estudos psicossociais conduzidos, entre 2007 e 2012, na 2ª Vara do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná e gentilmente cedidos pelo seu Juiz Presidente, Daniel Avelar¹⁵. Os estudos consistem basicamente em entrevistas realizadas com a vítima, o réu e familiares antes da sessão de julgamento pelo júri popular, conduzidas por uma psicóloga e uma assistente social. Não há a pretensão de se chegar a qualquer conclusão universalizante: a peculiaridade e riqueza do material reside justamente na percepção das “falas” dos sujeitos envolvidos como profundamente heterogêneas no que tange às suas representações sobre justiça, censura, punição, mesmo utilizando termos e expressões idênticas, indicando a relevância de uma estratégia desconstrucionista para se abordar o conceito de pena.

Os fundamentos da tese são articulados, em seguida, nos capítulos segundo e terceiro, principalmente neste último. No Capítulo 2, retoma-se aspectos decisivos do debate entre retributivismo, justiça e utilitarismo no âmbito da filosofia e historiografia da pena. No Capítulo 3, o núcleo teórico da tese é esboçado com a sugestão de um modelo de censura que se aproxima das teorias expressivas da pena estritamente no que

¹² MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione, questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 242.

¹³ VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*, p. 14.

¹⁴ WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 23.

¹⁵ Vale anotar que a adoção de referenciais empíricos em trabalhos de graduação e pós-graduação de Direito constitui ponto delicado, especialmente no que toca à metodologia, mas que proporciona novas possibilidades de uma efetiva contribuição ao *estado da arte* sobre o tema escolhido em face do sempre presente risco de não se conseguir ultrapassar, no trabalho de tese, uma mera revisão bibliográfica pouco inovadora. Salo de CARVALHO bem ressalta a importância da valorização das propostas de estudos de caso, análise de documentos, imersão etnográfica, entre tantas outras, sem que isso, em nenhum sentido, afaste o necessário aprofundamento teórico; cf. CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão*, p. 30. Antes, assevera o autor: “Cada vez mais tenho a impressão de que os juristas teóricos e os atores processuais têm aversão à vida. Vida representada no seu trabalho pelas pessoas que demandam Justiça”, cf. *Idem*, p. 27.

se refere à sua dimensão comunicativa, mas daquelas se afasta por rejeitar a intencional imposição de sofrimento e, assim, constituir-se como limite ao discurso punitivo através da participação ativa dos diretamente envolvidos no conflito que vem a ser tipificado e formalizado.

No Capítulo 4, por fim, passa-se a alguns dos desdobramentos considerados mais importantes: a contextualização do debate na sociedade brasileira, levando em conta a constatação do incremento da violência estrutural, institucional e individual desde o processo de redemocratização; os pontos de distinção entre as práticas restaurativas e os discursos do neoconservadorismo e do neoliberalismo e, por fim, algumas possibilidades de interseção e institucionalização junto ao sistema tradicional de justiça criminal.

CAPÍTULO 1

A CONSTRUÇÃO SOCIAL DAS PRÁTICAS DE CENSURA E A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

1.1. Premissas

O evidente e intenso grau de violência que perpassa a operacionalização do sistema penal no Brasil e países ocidentais – tanto do ponto de vista da realização de ações definidas como tipos penais como, principalmente, da atuação do próprio Estado – não corresponde, pode-se dizer, a um grau de elevado amadurecimento na discussão acadêmico-jurídica e política sobre a pena e seu sentido. Não obstante se tratar de um dos temas mais debatidos e com vastíssima produção escrita sobre ele, a fundamentação e principalmente a justificação da pena estatal seguem sendo problemas teóricos com contradições, paradoxos e questões não respondidas, além de manter uma peculiar relação para com a teoria do delito¹⁶ e, em especial, produzir uma complexa teia de comunicação com a população, chegando-se ao ponto de poder dizer que a pena e a questão da segurança pública seriam, hoje, as mais poderosas ferramentas de comunicação da classe política com seus eleitores¹⁷.

A pena estatal trata da imposição oficial e intencional a sujeitos que são devidamente condenados, de uma violência que seria absolutamente inadmissível se aplicada a quaisquer outros sujeitos ou em qualquer outra situação: basta essa constatação para se compreender quão necessária é a sua justificação¹⁸. Falar em merecimento da pena, nesse sentido, invoca uma “questão moral” inafastável da instituição legal da pena, que “envolve a inflição deliberada e intencional de sofrimento.

¹⁶ Sobre o tema, v. BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, p. 470-473: “é forçoso reconhecer que antes da composição de uma *teoria do delito*, os problemas do Direito Penal não eram apresentados de forma dissociada entre imputação e castigo. Os autores que se ocuparam de apresentar fundamentos para este ramo do Direito não afastaram, em momento algum, as razões da punição e o próprio castigo (...). Na verdade, resulta nítido o hiato entre o Direito Penal (entendido como Dogmática jurídico-penal) que representava a defesa do indivíduo contra o interesse coletivo político-criminal e a perspectiva da pena, que tinha o caráter claramente orientado à recondução do indivíduo ao *status quo* determinado para a coletividade”.

¹⁷ Trata-se da hipótese central da crítica do *populismo penal*; cf. entre outros SALAS, Denis. *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette Littératures, 2008.

¹⁸ BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 1.

É por conta disso que se trata de uma instituição que exige justificação de uma maneira que outras instituições políticas não exigem”.¹⁹

Frente a tal exigência, o garantismo penal se apresenta como um modelo normativo, ou seja, inserto no plano do dever-ser e definível, segundo FERRAJOLI, a partir da separação entre direito e moral, tendo por base o princípio da legalidade, o estabelecimento de garantias ao pólo mais fraco e a exigência de justificação externa do Estado às suas ações²⁰. No que tange à questão da pena, FERRAJOLI é claro em sua opção ao afirmar o utilitarismo como “o pressuposto necessário de qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo do Estado”²¹, especialmente como prevenção geral e como rejeição da vingança privada. O garantismo penal é defendido, pelo autor, como a “verdadeira utopia”:

Quiçá a verdadeira utopia não seja hoje a alternativa ao direito penal, mas o próprio direito penal e suas garantias; não o abolicionismo, mas o garantismo, de fato inevitavelmente parcial e imperfeito. O problema axiológico da justificação volta assim a se identificar, como no Iluminismo, com o problema das garantias penais e processuais, ou seja, das técnicas normativas mais idôneas ao fim de minimizar a violência punitiva e de maximizar a tutela dos direitos, que são precisamente os únicos fins – nunca perfeitamente realizáveis, de fato amplamente não realizados e sem embargo não de todo irrealizáveis – que justificam o direito penal.²²

A pena privativa de liberdade é considerada inidônea para a consecução de tais finalidades, vindo a propor FERRAJOLI uma estratégia “de longo prazo” para sua total supressão e, a “curto prazo”, a redução de sua utilização com a adoção de penas alternativas²³. Muito similar, o direito penal liberal ou clássico também buscou se definir como limitação do poder punitivo.

A partir do momento em que se reconhece, porém, com ZAFFARONI, uma concepção negativa e agnóstica de pena, respectivamente porque definida como fato de

¹⁹ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 193: “It involves the deliberate and intentional infliction of suffering. It is in virtue of this that the institution requires justification in a way that many other political institutions do not”. No mesmo sentido, diferenciando a justificação da pena como inflicção de sofrimento e o debate sobre sua efetividade, v. BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 2.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 851 e ss.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 259: “el presupuesto necesario de cualquier doctrina penal acerca de los límites de la potestad punitiva del estado”.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 342: “Quizá la verdadera utopía no es hoy la alternativa al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; no el abolicionismo, sino el garantismo, de hecho inevitablemente parcial e imperfecto. El problema axiológico de la justificación vuelve por consiguiente a identificarse, como en la época de la Ilustración, con el problema de las garantías penales y procesales, es decir, de las técnicas normativas más idôneas en atención al fin de minimizar la violencia punitiva y al de maximizar la tutela de los derechos, que son precisamente los únicos fines -nunca perfectamente realizables, de hecho ampliamente no realizados y sin embargo no del todo irrealizables- que justifican el derecho penal”.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 411-412.

poder sem nenhuma finalidade positiva e por rejeitar que a questão possa ser resolvida por um ato de fé²⁴, a única função legítima possível que resta ao direito penal e processual penal não seria a justificação ou legitimação do poder punitivo, mas sua contenção e redução.

No mesmo sentido vai a compreensão das funções reais da pena como articuladas para a produção da diferenciação social, impondo a degradação aos sujeitos criminalizados justamente para situá-los no pólo extremo inferior da hierarquia social, “transformando o mero transgressor em criminoso”²⁵, e assim operando para a conservação da desigualdade social, política, econômica. Pressupondo que a pena é um “fenômeno incancelável nas sociedades atuais”, e que “necessita urgentemente ser contido (*teleologia redutora*) em razão de sua pulsão violenta”²⁶, a distinção fundamental passa a ser entre direito penal e poder punitivo, o primeiro como limite e crítica do segundo, inclusive porque este último abarca também formas ilegais que integram o conceito de reação punitiva do Estado.

Desenvolvendo a provocação já presente em Tobias BARRETO, para quem aquele que “procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” porque “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”²⁷, a função do direito penal é comparada àquela da Cruz Vermelha²⁸, limitando seu escopo, assim, a uma espécie de “política de redução de danos”.

O conceito negativo e agnóstico rejeita todos os componentes legitimantes da pena presentes no contratualismo e liberalismo penal, os quais não perceberam que “qualquer legitimação parcial é enganosa” pois neutraliza e contamina toda a função de contenção²⁹. A função de contenção não se confunde, assim, com a finalidade positiva de garantia do pólo mais fraco: para o garantismo, o direito penal é a “lei do mais fraco”

²⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 56.

²⁵ Sobre, v. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 226-227; e MATZA, David. *Becoming deviant*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1969.

²⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 148.

²⁷ BARRETO, Tobias. “Fundamento do direito de punir”. *Estudos de Direito*, p. 177-178.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. “La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria”. GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 383-395. Sobre, v. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, p. 152: “Entendida como realidade política, a pena não encontra sustentação no direito, pelo contrário, simboliza a própria negação do jurídico. Pena e guerra se sustentam, portanto, pela distribuição de violência e imposição incontrolada de dor. (...) Assim, o direito penal e processual penal resultam ainda necessários como alternativas à política, apresentando-se como tecnologia de minimização da violência e do arbítrio punitivo”.

²⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 62

e é assim justificado, enquanto na teoria negativa e agnóstica ele é efetivamente a “lei do mais forte” que precisa ter os efeitos minimizados justamente porque injustificável. ZAFFARONI utiliza a metáfora que define o poder punitivo como “rio” e o direito penal como a “barragem” contendora: constatar a inevitabilidade de “alguma água” passar por sobre o dique da barragem seria bem diferente que atribuir qualquer tipo de valor positivo à água que passa³⁰.

De todo modo, fica claro que “a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva (...) restringir a *potentia puniendi*”³¹. Abstém-se de aderir a qualquer modelo de justificação, de um lado; concentra-se na minimização dos danos, de outro. Ocorre que mesmo se hipoteticamente observado, respeitado e bem-sucedido o modelo de um direito penal subsidiário e fragmentário, como limite do arbítrio, ou se admitida a pena somente nos casos de *ultima e extrema ratio*, respeitando-se todas as garantias processuais, seguiríamos sem atentar efetivamente à elaboração e resolução do conflito em questão, perdendo de vista (novamente) o que BARATTA buscara definir como “referente material” da criminalidade³².

O próprio ZAFFARONI admite que nem a finalidade de proteção de bens jurídicos e tampouco a concepção de direito penal fundada na teoria negativa do poder punitivo se preocupam primordialmente com os direitos individuais lesados no caso concreto, restando sim por buscar limitar o poder de punir mediante a afirmação de bens jurídicos “pertencentes” a todos nós, “vítimas em potencial”³³, o que não deixa de ser, a seu modo, uma maneira de se preocupar exclusivamente com a coesão social e por meio do Estado, reafirmando-se, por via funcionalista, o escopo de prevenção geral positiva. Sequer se coloca em discussão a hipótese de o resgate do lugar da vítima constituir, em tese, uma ferramenta possível de redução e contenção do poder punitivo, ao invés da presunção da barbárie da “vingança privada”.

Se a assunção de práticas que resgatem a participação dos envolvidos no conflito tendo em vista sua compreensão e “resolução” – o que se denominará, por conveniência e em face da intensa produção teórica hodierna, “restauração” – parece ser plenamente

³⁰ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 66.

³¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 149.

³² BARATTA, Alessandro. “Che cosa è la criminologia critica?”. *Dei delitti e delle Pene*, n. 1, p. 67.

³³ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 61.

compatível com a perspectiva de ZAFFARONI³⁴, não obstante o silêncio deste sobre o tema, desde que situadas tais medidas *fora* do conceito de poder punitivo, mas justamente como limite aos discursos punitivos, o mesmo não se pode dizer do garantismo jurídico-penal de FERRAJOLI, o qual busca uma racionalidade para a pena como condição para que haja algum controle sobre ela.

Sua perspectiva, porém, dificilmente se desvincula de uma perspectiva hobbesianamente pessimista sobre o comportamento humano, tendo nesse sentido afirmado, em debate recente³⁵, que a pena e o direito penal “desde Hobbes” devem ser vistos como alternativa à guerra e “única possibilidade” de minimização da violência. Se, como afirma o autor, as alternativas ao direito penal se resumem a quatro infelizes modalidades de controle social – “selvagem”, “estatal-selvagem”, “social-disciplinar” ou “estatal-disciplinar”³⁶ – parece haver pouco espaço de movimento e inovação.

Para GÜNTHER, esse tipo de discurso pode ser considerado como uma justificativa apócrifa da pena – como *mal menor* – desvelando, por trás desta que também é uma justificação da punição, a crença na necessidade da pena para a paz jurídica:

A pena protegeria a sociedade justamente da volta à situação desgastante e sem saída de contínuos conflitos sangüinários e de aumento gradativo de ações de vingança, terminada por meio da troca do direito de autotutela pela pretensão punitiva estatal. (...). No caso de renúncia à pena, a paz jurídica estaria ameaçada apenas porque a necessidade social de punição, persistente e virulenta, ficaria insatisfeita e precisaria procurar um outro meio para sua satisfação³⁷.

Porém, não é o caso se enfrentada o que se coloca como primeira hipótese a se indagar, justamente sobre o conceito de pena e a possibilidade de se trabalhar com um conceito de censura ou controle social mais amplo e que se não confunde com o de poder punitivo ou as formas de reação punitiva vinculadas ao Estado, seja dentro ou fora da legalidade.

Reconhecê-lo para ser uma premissa decisiva para que se possa tratar de outras formas de censura que não sejam compreendidas simplesmente como a atribuição de

³⁴ Nesse sentido, conjugando ambas perspectivas, v. ALFIERI, Luigi. “Violenza, pena e ordine”. BASCIU, Maurizio (org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica. Padova: Cedam, 1998, p. 309-334.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. “Discussione”. BASCIU, Maurizio (org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica, p. 375-376.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 338 e ss.

³⁷ GÜNTHER, Klaus. “Crítica da Pena – II”. *Revista Direito GV* 5, v. 3, n. 1, jan.jun.2007, p. 138.

uma nova função positiva à pena, com a conseguinte relegitimação do poder punitivo. É fundamental, nesse sentido, o retorno às teorias desconstrucionistas com base crítica para que se possa visualizar a possibilidade de uma crítica capaz de propor e não se contentar com estratégias de longo prazo com dificuldades em não se tornar, nos fatos, novos mecanismos de legitimação.

1.2. Discursos

A assertiva segundo a qual não existe um conceito ontológico de crime é fortemente presente nos discursos críticos em criminologia, negando-se ao conceito qualquer essência: “crime” é noção condicionada a processos de definição, substituindo-se a criminalidade como objeto de estudo pela investigação dos processos de criminalização e sua inerente seletividade. A passagem do interacionismo³⁸ e das teorias do etiquetamento às criminologias ditas críticas ou radicais foi, por sua vez, marcada pelo reconhecimento das primeiras como “insuficientemente politizadas”³⁹, incapazes de desvelar as condições estruturais – sociais, políticas e econômicas – determinantes dos processos de definição⁴⁰.

Certamente, não se pode “reduzir as relações de força a relações de comunicação”, pois “as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações”⁴¹. No entanto, é necessário compreender quão imprescindível foi a desconstrução das representações sociais sobre o “desvio” e a “criminalidade”, no âmbito das teorias interacionistas e na esteira da perspectiva sociológica que se debruça

³⁸ O interacionismo pode ser definido a partir de três premissas, segundo Herbert BLUMER: (a) os seres humanos agem em relação às coisas, pessoas ou representações a partir dos significados que estas têm para eles; (b) tais significados são derivados ou emergem da interação social entre os indivíduos, não sendo “intrínsecos” ao objeto; (c) tais significados são mantidos e modificados por um processo interpretativo levado a cabo por cada indivíduo, segundo mecanismos nele internalizados, residindo aqui a distinção entre interacionismo *simbólico* (com processo interpretativo e atribuição de significados às coisas) daquele *não-simbólico* (relativo a movimentos de mero reflexo); cf. BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*, p. 2-6.

³⁹ Os marcos nesse sentido foram o texto de GOULDNER, Alvin W. “The sociologist as a partisan: sociology and welfare state”. *The American Sociologist*, vol. 3, n. 2, 1968, p. 103-116 e a coletânea TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

⁴⁰ Para uma síntese, v. PAVARINI, Massimo. *La criminologia*, p. 107-115 ou *Control y dominación*, p. 130-137; bem como a entrevista em: BARATTA, Alessandro. “Che cosa è la criminologia critica?”. *Dei delitti e delle Pene*, n. 1, 1991, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 53-81.

⁴¹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 11.

sobre os mecanismos e dinâmicas de construção e representação dos problemas sociais⁴², para que se pudesse chegar a este ponto.

Porém, no que concerne às representações sociais que, também por meio de processos de definição, constroem o que se entende por censura, pena, justiça, algumas das contribuições críticas fundamentais não perpassam, como espécie de “etapa anterior”, uma reflexão de viés desconstrutivista. Traz-se à baila a emergência das funções reais, ocultas ou latentes da pena e, especialmente, da pena privativa de liberdade, descrevendo as relações entre as formas de punir, o mercado de trabalho e o modo de produção⁴³, mas sem abandonar a pressuposição de uma inexistente univocidade em torno aos elementos que caracterizariam a ideia de pena e, especialmente, da pena estatal.

O risco presente é aquele da adesão acrítica, no que diz respeito à pena, ao que define o *campo jurídico* como “princípio de constituição de realidade”, através do qual se produz o “espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que actuam por procuração”⁴⁴, e por meio do qual se afasta do debate a questão da relevância das dimensões informais e horizontais das práticas de controle social, com papel ativo e constitutivo nos processos de construção social das representações sobre o que é pena, punição, censura, sobre o que é “fazer justiça”, tanto quanto foi feito no que tange aos conceitos de “crime” e “desvio”.

O ocultamento da riqueza semântica das significações de censura e justiça não é sem propósito, na medida em que se tome por ponto de partida, como explica FOUCAULT, a definição de *discurso* como *prática constitutiva*, não como mero conjunto de signos, como “um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva”⁴⁵. Tal conjunto de práticas discursivas excede e supera

⁴² Nesse sentido, dentre outros, v. LENOIR, Rémi. “Objet sociologique et probleme social”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 77: “Um problema social não é somente o resultado de um mau funcionamento da sociedade (...), ele necessita também, para alcançar tal status, de um verdadeiro ‘trabalho social’ no qual duas etapas essenciais são o reconhecimento e a legitimação do problema como tal”; no original: “Un problème social n’est pas seulement le résultat d’un mauvais fonctionnement de la société (...), il suppose lui aussi pour accéder à un tel status un véritable ‘travail social’, dont les deux étapes essentielles sont la reconnaissance et la légitimation du ‘problème’ comme tel”.

⁴³ A principal referência nesse sentido segue sendo RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

⁴⁴ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 229.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 143. Por “formação discursiva” se entende aquela na qual é possível descrever, em um certo número de enunciados, um semelhante sistema de dispersão e uma

qualquer recorte de uma “disciplina” com pretensão de cientificidade, pois seus elementos se fazem presentes também na literatura, nas opiniões do cotidiano, nas decisões políticas⁴⁶. Trata-se do *saber* que, conexo à prática discursiva que o define e é por ele definida⁴⁷, antecede e condiciona a formação do que depois pode vir a se apresentar como “conhecimento científico”.

As formações discursivas correspondentes ao *discurso punitivo* devem ser individualizadas com a definição do “sistema de formação das diferentes estratégias que nela se desenrolam; em outros termos, se se puder mostrar como todas derivam (...) de um mesmo jogo de relações”⁴⁸. Os traços de demarcação entre os conceitos de “punitivo” e “não-punitivo” podem ser, assim, considerados em disputa. Nesse sentido, BOURDIEU:

As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.⁴⁹

No caso da censura e da pena, a questão que se coloca é como e de que modo se procedeu a uma violenta redução de toda a complexidade das interações sociais⁵⁰, no que tange às práticas de controle social, para a construção do conceito jurídico de pena condicionado pela premissa segundo a qual para além da pena estatal só há espaço para a violência intersubjetiva e a dominação pela força.

Não se pode ignorar que “as categorias segundo as quais a realidade social é construída e que se oferecem à análise do sociólogo são resultado de lutas”⁵¹. Por exemplo, as categorias relacionadas à idade, como velhice e adolescência, segundo

regularidade quanto aos objetos, as escolhas temáticas, os tipos de enunciação e os conceitos; cf. FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 47.

⁴⁶ Nesse sentido, sobre a questão da punição, AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo. “Writing the history of law, crime and punishment in Latin America”. AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo; JOSEPH, Gilbert (ed.). *Crime and Punishment in Latin America*, p. 24.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 220: “não há saber sem uma prática discursiva definida, e toda prática discursiva pode definir-se pelo saber que ela forma”.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*, p. 81.

⁴⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 211.

⁵⁰ Redução que implica a “desqualificação do sentido de equidade dos não-especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua ‘visão do caso’”, o que não é acidental, mas “constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo”, cf. BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 226.

⁵¹ LENOIR, Rémi. “Objet sociologique et probleme social”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 98: “Les catégories selon lesquelles la réalité sociale est construite et qui s’offrent donc au regard du sociologue, sont le résultat de lutas”.

LENOIR, não podem ser tidas como dados naturais, mas sim como produtos de processos de construção social da realidade levados a cabo pelos diversos focos de poder e disputas relacionadas aos diferentes momentos do ciclo vital do ser humano⁵².

Propõe-se a rejeição de qualquer essência também nas noções de censura e pena. FOUCAULT trilhou tal percurso na investigação sobre as funções positivas e constitutivas exercidas pelas práticas psiquiátricas e disciplinares como traços de uma nova “economia do castigo”, de um lado, e sobre a recondução da violação da lei penal à violação da obediência ao soberano, substituindo-se a noção de “dano” pela de “infração”, de outro⁵³. Não se pode tomar tais categorias como dados pré-estabelecidos, havendo que se problematizar suas definições institucionais. É possível assumir a sugestão de BECKER para que a pesquisa seja projetada como o “desmonte de uma máquina”, desconstruindo-se de trás para frente os elementos de uma hipótese qualquer tomada como dada⁵⁴, questionando-se, em seguida, quais elementos possibilitam a existência e a reprodução de tais representações.

No caso, a suposição inicial é a da correspondência harmônica entre as expectativas dos sujeitos vitimizados e a aplicação e execução da pena pelo Estado, o que indicaria a homogeneidade do conjunto de representações sociais que constituem a ideia de “censura” e, conseqüentemente, a de “pena”. Compõe a hipótese, certamente, a suposição de que possíveis modalidades horizontais de exercício de práticas de censura se associam à desordem e à violência interpessoal desenfreada. O “desmonte da máquina”, nesse caso, indicará com acerto a necessidade de preocupação para com a garantia do sujeito criminalizado em relação a seus direitos fundamentais, para que este não sofra além do permitido pelo ordenamento jurídico, garantias essas que só poderão se sustentar, logicamente, através do próprio Estado.

Nesse ponto, todavia, é preciso complementar a metáfora com outro “truque de pesquisa” de BECKER, consistente na “hipótese nula”, o qual “afirma uma hipótese que o pesquisador acredita não ser verdadeira. Provar que a hipótese nula é errada significa

⁵² LENOIR, Rémi. “Objet sociologique et probleme social”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 61. No texto, o autor busca compreender a construção de definições como “velhice” e “terceira idade” e seus efeitos de legitimação relacionados ao instituto da aposentadoria, à criação de novos serviços de assistência social, entre muitos outros desdobramentos políticos e econômicos.

⁵³ Sobre, v. entre outros FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 53 e ss.; e FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 24 e ss.

⁵⁴ BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 62 e ss.

provar que alguma outra coisa deve ser verdadeira, embora não nos diga que outra coisa é essa”⁵⁵.

Com efeito, a hipótese acima descrita pode vir a ser definida como uma hipótese nula: é possível provar, com o material empírico a seguir indicado, sua profunda equivocidade. Não há homogeneidade nas “falas” dos sujeitos diretamente envolvidos no conflito, em relação às percepções de justiça e censura. Há, ao contrário, interações profundamente complexas que são violentamente reduzidas ao serem inseridas no quadro formal do sistema punitivo. Não é possível, por certo, extrair-se de tais falas qualquer conclusão ou definição pretensamente universalizante. Mas é factível negar a hipótese nula que pauta o discurso oficial e, assim, abrir caminho a pensar além. Afinal, “vemos aquilo sobre o que temos ideias, e não podemos ver aquilo para o que não temos palavras e ideias”⁵⁶.

Exatamente por conta da plasticidade dos termos é que não parece possível trabalhar com o material colhido nas entrevistas com o intuito de se proceder a categorizações e combinações de “tipos”⁵⁷: o que está em questão é o próprio elemento que deveria compor os tipos, o sentido das palavras utilizadas, que tantas vezes são as mesmas – por exemplo, “que a justiça seja feita”, “que pague pelo que fez” – porém com significados completamente diferentes.

Quando há, afinal, semelhante impossibilidade de demarcação semântica, em um sentido unívoco, é justamente porque talvez seja a própria “qualidade” em discussão que não seja capaz de corresponder a uma realidade única e porque “as variações em seu registro devam poder contribuir ao conhecimento dos princípios de sua diferenciação”⁵⁸. Não obstante esteja se referindo às definições das categorias socioprofissionais e especialmente àquela do “trabalhador”, as observações de MERLLIÉ são aqui absolutamente pertinentes:

A instabilidade estatística da classificação das qualificações pode assim ser compreendida sob o prisma de uma análise sociológica sobre a pluralidade dos significados sociais da noção em questão. Seria vão tentar reduzir tal polissemia nas pesquisas estatísticas (...) porque a polissemia pode ser constitutiva do *status* social da noção, na medida em que representa uma disputa social,

⁵⁵ BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 40-41.

⁵⁶ BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 38.

⁵⁷ A proposta de BECKER aqui vai no sentido de *inverter* a sequência explicativa e se aproximar do conceito “verificando como seu significado surge numa rede de relações”, cf. BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 19.

⁵⁸ MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 152: “c’est que la ‘qualification’ n’est pas une réalité unique, et que les variations de son enregistrement doivent pouvoir contribuer à informer sur les principes de sa différenciation”.

um objeto de luta entre grupos sociais, de modo que optar por uma definição seria negligenciar este aspecto e tomar o ponto de vista de um dos grupos envolvidos.⁵⁹

Tal plasticidade não indica, enfim, simplesmente ambiguidades linguísticas, mas sim a existência de uma ambiguidade constitutiva da função social dos termos utilizados. Se não se pode apontar o que significam, é possível afirmar que não significam sempre o mesmo, e isto é, por si só, profundamente significativo.

1.3. Os estudos psicossociais cedidos pelo Tribunal do Júri de Curitiba/PR

O material empírico em questão consiste em um conjunto de entrevistas que constituem “estudos psicossociais” gentilmente disponibilizados pelo Juiz de Direito Presidente da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná, Daniel Avelar, bem como pelas responsáveis pela elaboração dos estudos, a psicóloga Marília Narloch (CRP 08/3611) e a assistente social Cristina Maria Fischer Sperandio Madureira (CRESS 1767), que conduziram as entrevistas e reduziram a termo os elementos identificados, por elas, como mais relevantes. A metodologia prioriza a realização de entrevistas, em regra pessoais, mas às vezes por telefone, com os diretamente envolvidos no caso a ser levado, em curto lapso de tempo, a sessão de julgamento no Tribunal do Júri. Consta, em anexo, a relação entre cada “número de controle” atribuído e o número dos autos do processo criminal em que se realizou o estudo.

Algumas ressalvas de caráter metodológico se impõem. Primeiramente, é sempre necessário atentar à possibilidade de condução das respostas pelas próprias perguntas, fazendo com que o “material bruto” colhido não represente efetivamente a opinião dos entrevistados. A cautela deve ser levada em conta, mas há características como a voluntariedade do comparecimento, a não obrigatoriedade do estudo psicossocial e a ausência do magistrado, do Ministério Público ou da defesa que liberam, de certa forma, o material colhido da crítica segundo a qual todo dado colhido por “quem tem poder”,

⁵⁹ MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 152-153: “L’instabilité statistique du classement des qualifications peut ainsi mettre sur la voie d’une analyse sociologique de la pluralité des significations sociales de cette notion. Il serait vain de vouloir réduire cette polysémie dans les enquêtes statistiques (...) car la polysémie peut être constitutive du statut social de la notion, en tant qu’elle représente un enjeu social, un objet de lutte entre groupes sociaux, de sorte que choisir une définition serait à la fois négliger cet aspect et prendre le point de vue de l’un des groupes impliqués”.

em um contexto institucional, deve ser recebido com desconfiança⁶⁰. De fato, as técnicas e usos sociais das estatísticas constituem ponto de intenso debate acadêmico no que tange aos riscos a elas inerente, mormente quando produzidas pelo Estado:

Ao examinarmos os dados estatísticos produzidos pelo Estado ou pelos pesquisadores com base em fontes oficiais, segundo os próprios pesquisadores o que encontramos são dados ‘incompletos’; não configuram ‘séries [estatísticas] temporais coletadas de forma sistemática e contínua’; existem ‘diversos e inúmeros problemas de validade e confiabilidade de fontes oficiais’. (...). Isso só amplifica o problema, pois estamos diante da utilização de uma técnica cujo dado dela resultante deveria ser *exato* ou *preciso*, mas sequer esta condição se realiza. Então, por que o uso das estatísticas tem sido cada vez mais acionado e legitimado interpretações sobre a realidade social?⁶¹

De todo modo, ressalvas semelhantes são aplicáveis a outros tipos de pesquisa envolvendo vítimas de crime, mas isso não torna seus resultados menos importantes: por exemplo, enquetes de vitimização em outros países demonstraram, de forma consistente, que vítimas de crime não seriam “mais punitivas” que o público em geral⁶².

Por outro lado, é inegável que o uso de informação obtida por outras pessoas e organizações acaba por deixar de fora o que foi desde logo desconsiderado pelos responsáveis pela coleta dos dados⁶³, sendo necessário nesse sentido perguntar “de onde vêm os dados, quem os colheu, a que constrangimentos organizacionais e conceituais foram submetidos e como tudo isso afetou aquilo que é mostrado pela tabela que estou examinando”⁶⁴. Imprescindível deixar de lado, portanto, as possíveis respostas a tais perguntas: o contexto é efetivamente institucional e potencialmente intimidante, pois as entrevistas são realizadas dentro do próprio espaço do Tribunal do Júri, estando os responsáveis pela colheita submetidos a um conjunto de expectativas determinadas pela linguagem peculiar ao sistema penal.

A própria justificativa para a realização dos estudos, que ocorre desde 1996, bem o demonstra: segundo documento do Conselho Regional de Psicologia do Estado do Paraná, o objetivo geral seria “averiguar se ocorreu uma interrupção e/ou modificação

⁶⁰ BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 124.

⁶¹ BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo; ALMENDRA, Dinaldo. “O medo, a mídia e a violência urbana – A pedagogia política da segurança pública no Paraná”. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 6, n. 2, São Paulo, 2012, p. 271.

⁶² Sobre, v. HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. “Victims, victimization and criminal justice”. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 481.

⁶³ A coleta dos dados é também uma atividade teórica, cf. MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 127.

⁶⁴ BECKER, Howard. *Segredos e truques da pesquisa*, p. 138.

no desenvolvimento psicossocial das famílias dos réus e das vítimas”⁶⁵, porém a justificativa oficial apresentada pelas responsáveis técnicas busca se ancorar na vinculação à legislação, possivelmente por conta da instabilidade ligada à ausência de previsão legal no Código de Processo Penal⁶⁶:

O presente documento objetiva fornecer ao Juiz de Direito informações relativas à conduta social do réu, aos elementos de sua personalidade, às conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. O mesmo pretende também, identificar quais foram os impactos psicológicos e sociais causados às partes envolvidas, como também aos seus familiares. Os dados colhidos poderão subsidiar o Juiz na fixação de uma eventual pena.

O estudo é justificado, portanto, pelo seu potencial em subsidiar o juiz na aferição das circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do Código Penal⁶⁷. Porém, a voluntariedade da participação, o caráter amplo do convite, que abrange acusado e vítima (quando possível), bem como familiares e pessoas próximas de ambos, e a extensão da abordagem, que se não preocupa com o fato, mas sim com as conseqüências dele e as expectativas em relação ao julgamento, fazem notória a ampliação do enfoque, o que se nota da descrição de seu procedimento pela equipe técnica:

Entrevista de Avaliação Psicológica e de Investigação Social realizada com réu, com a vítima quando sobrevivente, com os familiares do réu e da vítima ou com as pessoas que possam fornecer dados relevantes e suprir a demanda do presente estudo. Todos os convocados à entrevista são informados de que o seu comparecimento é facultativo e que a sua ausência não acarretará nenhum prejuízo às partes. No início de cada encontro, o entrevistado toma ciência de que o conteúdo exposto na ocasião será objeto de um estudo, o qual integrará os autos e que poderá ser lido no dia do julgamento no plenário do Tribunal do Júri.

O “constrangimento organizacional” que decorre da necessidade de segurança jurídica também se relaciona às frequentes impugnações por parte da defesa técnica, especialmente quando trechos dos estudos são lidos em plenário, alegando se tratar de prova pericial que exigiria a indicação de assistente técnico para acompanhar sua produção. À parte tal debate, é evidente a necessidade de advertência aos entrevistados sobre as possíveis conseqüências jurídicas do seu uso em plenário e, consequentemente, sobre a desnecessidade e a voluntariedade da participação.

⁶⁵ ROEHRIG, Lidiane Doetzer *et al.* *Caderno de psicologia jurídica*. Curitiba: Conselho Regional de Psicologia do Paraná / Unificado, 2007, p. 41.

⁶⁶ A referência mais próxima, embora não corresponda com precisão aos estudos realizados, é aquela do art. 201, §5º, CPP: “Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”.

⁶⁷ Art. 59, CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”.

Posto isso, a leitura do conteúdo das entrevistas deve levar em conta que o que aparenta se tratar de um erro ou limitação pode emergir como elemento de enriquecimento, “como informações suplementares ou como ‘sintomas’ ricos de sentido”⁶⁸. Por exemplo, o fato de as perguntas serem iguais e haverem tantos traços comuns nas respostas – as mesmas palavras e expressões – embora com sentidos claramente diferentes.

Ressalta-se, no entanto, o fato de se tratarem de estudos psicológicos e sociais produzidos no âmbito do Tribunal do Júri e, portanto, tendo por referência a ocorrência de crimes dolosos contra a vida, não se pretende delimitar a reflexão apenas a esse tipo de delito. O recorte de análise centra naquilo que emerge das falas no que diz respeito às representações das ideias de justiça, censura e punição. Por fim, necessário observar que se não pretende enquadrar o estudo psicossocial em si como modelo a ser seguido ou como modalidade de “prática restaurativa”, porque não é disso que se trata.

O conjunto de arquivos abrange todos os casos penais por crimes dolosos contra a vida que chegaram à fase de plenário na 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, entre 2007 e 2012. Com a exceção de apenas um caso de aborto (NC: 401), os demais tratam de casos de homicídio consumado ou tentado. Evidentemente, são abarcados também fatos ocorridos antes daquele período, mas que só chegaram a este momento processual após longa tramitação do processo criminal.

Considerando a natureza facultativa e espontânea da participação, os dados sobre as entrevistas realizadas e não realizadas se afigura relevante. Dos 486 estudos catalogados entre 2007 e 2012, ele não pôde ser realizado em 113 ocasiões (23.2%), sendo realizado, seja com familiares da vítima, do réu, ou ambos, por 373 vezes (76.8%). Dentre estes, a vítima ou seu familiar compareceu em 252 casos, o que representa 68% dentre os estudos realizados e aproximadamente 52% do universo total de casos levados a julgamento no período⁶⁹.

⁶⁸ MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 129: “comme informations supplémentaires, ou comme ‘symptômes’ riches de sens”.

⁶⁹ Não há relação direta, mas o dado é similar àqueles de outras pesquisas realizadas sobre a adesão das vítimas a práticas restaurativas: MORRIS e MAXWELL narram, por exemplo, que as vítimas atenderam a aproximadamente metade das “conferências familiares” por eles estudadas na Nova Zelândia; cf. MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 205.

No que se refere às expectativas dos sujeitos vitimizados ou seus familiares em relação ao julgamento, propôs-se a princípio a adoção de uma classificação que separasse as respostas em três grupos: expectativa de censura, perspectiva não-punitiva e sem resposta sobre a questão. Ressalva-se apenas não se tratar de “tipologias de pessoas”, supondo papéis estanques inerentes a categorias inflexíveis de “vítimas tolerantes” ou “vítimas punitivistas/intolerantes”. É apenas sua resposta, naquele momento, que é levada em consideração.

Dos 252 estudos que ouviram o sujeito vitimizado ou seu familiar, em 123 deles (48.8%) é possível falar em uma expectativa de censura em sentido amplo, que pode ser precariamente subdividida em manifestações explícitas em prol da prisão, vingança, ou outra forma cruel de punição (52 vezes, dentre os 123 casos); ao lado de manifestações de uma expectativa por censura através de frases prontas e padronizadas, sem que ficasse claro seu sentido e objetivo (71 vezes, dentre os 123 casos). O que fica evidente, aliás, é exatamente sua plasticidade e variabilidade.

O segundo grupo reuniria as expressões evidentes de indiferença ou contrariedade à punição do réu, com 61 casos (24.2%); e por fim um terceiro grupo de 68 respostas abrangeria tão somente as consequências decorrentes do crime, ignorando a questão realizada sobre a expectativa em relação ao julgamento (27%).

A categorização é sabidamente insuficiente e quiçá equívoca, pois muitas vezes é difícil definir por que tal caso foi inserido em um grupo e não em outro, sintoma justamente de uma “significação incerta, marcada por sua dependência em relação ao modo de elaborar a questão”⁷⁰. A categorização sugerida é falha também porque as palavras proferidas, tratadas como dados, não podem ser tomadas passivamente. Sua importância é residual como ponto de partida e introdução ao conteúdo das falas, que não devem ser reificadas nem tomadas quantitativamente. A dimensão a ser levada em conta é aquela que diz respeito aos caminhos possíveis das representações e percepções subjetivas e objetivas como parte de discursos punitivos ou não punitivos, mas inseridos no contexto institucional de um julgamento próximo, de um crime doloso contra a vida, pelo sistema penal, mas também no contexto social de uma violência causada e sofrida, uma fratura enfim exposta e que foi definida, social e institucionalmente, como crime.

⁷⁰ MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*, p. 146: “une signification incertaine, que marque sa dépendance à l’égard du mode de questionnement”.

Ao se proceder à leitura do conteúdo das entrevistas, é evidentemente necessário levar em conta a limitação do “arsenal retórico” disponibilizado aos entrevistados que, ao serem perguntados, só têm no horizonte a justiça penal da forma como hoje funciona.

É considerando seu contexto e o sentido em que são utilizadas que se pode arriscar três hipóteses complementares a serem ulteriormente desenvolvidas nos capítulos seguintes do trabalho. Primeiro, a demarcação entre “discursos punitivos” e “não-punitivos” não está na palavra escolhida, nem mesmo “pena” ou “condenação”, pois palavras iguais são utilizadas em sentidos claramente distintos. Segundo, tal demarcação pode ser fundada sobre a presença ou ausência do elemento correspondente à inflição intencional de sofrimento, ou seja, a afluência. Terceiro, é factível e empiricamente fundado trabalhar com a possibilidade de juízos de censura presentes em discursos caracterizáveis como “não-punitivos”, pois “expressivos/comunicativos” mas sem a inflição intencional de sofrimento, elemento substituído pela participação ativa dos sujeitos envolvidos no conflito em sua discussão e resolução.

Com efeito, o componente expressivo que comunica a censura, ou seja, a eficácia simbólica que transcende as visões privadas, é o que insere o “verdicto do juiz” entre os “*actos de nomeação* ou de *instituição*”, “atos mágicos” segundo BOURDIEU, “a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas” e não permite ignorar que “produzimos as categorias segundo as quais construímos o mundo social e que estas categorias produzem este mundo”⁷¹. Em suma, há que se *desconstruir* a premissa raramente problematizada no discurso punitivo jurídico e político de que haveria uma conexão necessária entre censura e afluência. E se não há necessidade não se pode dizer que se trata de um elemento essencial do conceito de censura.

Há diferenças profundas entre desejar “uma morte dolorosa para o réu” (NC: 271) e, sob a mesma rubrica de expressões como “fazer justiça” ou “pagar pelo que fez”, admitir a facultatividade entre prisão e “serviços comunitários” (NC: 191), afirmar que gostaria que o réu sofresse uma “pena leve de prestação de serviços à comunidade” (NC: 186) ou “prestação de serviços em um hospital” (NC: 60), ou quando se define

⁷¹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 237-238. Prossegue o autor na p. 238: “estruturas estruturadas, historicamente construídas, as nossas categorias de pensamento *contribuem* para produzir o mundo, mas dentro dos limites da sua correspondência com estruturas preexistentes. É na medida e só na medida em que os actos simbólicos de nomeação propõem princípios de visão e de divisão objectivamente ajustados às divisões preexistentes de que são produto, que tais actos têm toda a sua eficácia de enunciação criadora que, ao consagrar aquilo que enuncia, o coloca num grau de existência superior, plenamente realizado, que é o da instituição instituída”.

claramente “justiça” como “reparação financeira” (NC: 450), “mesmo que seja para pagar uma cesta básica”, para “ele aprender a respeitar as pessoas” (NC: 189).

A desconexão entre censura e afluência fica clara quando, mesmo no caso em que o réu pede perdão e a vítima afirma que “o perdoara”, esta afirma que gostaria de uma condenação “a uma pena alternativa de trabalho comunitário” (NC: 273), associando o próprio perdão à exclusão de uma sanção afluente, o que não interfere na expectativa de uma expressão pública de censura

É o que também aparece em diversas outras ocasiões: quando a vítima afirma esperar que no julgamento “seja mostrado ao réu que o que ele fez não pode acontecer” e “que ele não pode fazer o que fez com ninguém” (NC: 308), “que ele tenha consciência de atitude errada que teve, que ele saiba que tem de respeitar a vida humana” (NC: 306); que gostaria que o réu “tivesse consciência de que o que fez é errado” (NC: 471), ou: “não digo ser preso, mas que seja julgado e condenado” (NC: 469). Do mesmo modo, quando a vítima afirma: “eu quero que ele pague um pouco, porque isso não se faz com ninguém” e, mesmo tendo ficado parcialmente surdo e com deformidade facial leve, afirma expressamente que “não deseja a prisão” (NC: 473); ou ainda, quando “espera que a justiça seja feita”, *mas que “não deseja mal a ele”* [ao réu] (NC: 482).

Perante a questão sobre quais seriam as expectativas para o julgamento, a utilização significativamente frequente de alguns termos e expressões salta aos olhos, especialmente “que a justiça seja feita”⁷² e a o anseio de “pagar pelo que fez”⁷³, esta última em altíssimo número dentre os réus e seus familiares.

A própria frequência da expressão entre as falas dos réus e seus familiares indica a equivocidade do que se poderia supor em um primeiro momento, reconduzindo-se a ideia de compensação presente na expressão “pagar pelo que fez” à noção de vingança ou às teorias retributivas da pena. É preciso enfrentar a questão da construção das representações que definem o sentido da expressão em cada caso. Vê-se mães que defendem que se os filhos forem “culpados”, “devem pagar” (NC: 86, 180, 226, 247, 272), “não preso” (NC: 58), embora sintam o “coração apertado” e seja “doído”, segundo a irmã de um acusado (NC: 235). Quando são os próprios réus a utilizarem a

⁷² Por 51 vezes (Números de Controle: 17, 21, 32, 42, 62, 78, 81, 114, 115, 117, 125, 139, 153, 165, 172, 179, 180, 182, 205, 208, 209, 211, 212, 218, 231, 259, 266, 277, 280, 293, 295, 297, 308, 318, 321, 322, 331, 334, 345, 351, 367, 371, 399, 406, 409, 415, 417, 427, 450, 476, 482).

⁷³ Por 43 vezes (Números de Controle: 15, 57, 58, 67, 86, 100, 114, 131, 158, 173, 180, 190, 191, 197, 202, 212, 220, 226, 230, 235, 236, 247, 250, 251, 267, 272, 278, 280, 283, 314, 323, 333, 334, 351, 371, 384, 387, 391, 406, 424, 448, 449, 465, 467, 473).

expressão, admitindo a autoria e aceitando o juízo de reprovação, o que se vê é sua abertura semântica para formas de censura que não sejam tão aflitivas quanto a privação da liberdade. Por exemplo, “deve pagar porque agiu de forma errada” (NC: 158); “se eu cometi tenho que pagar” (NC: 333); “reconhece que agiu de forma incorreta e gostaria de pagar pelo que fez em liberdade” (NC: 448); quer “pagar pelo seu ato em liberdade, com cesta básica” (NC: 250); espera “pagar pelo que fez com trabalho, não com cadeia” (NC: 280); ré “acha que errou e deve pagar pelo que fez, mas não suportaria a ideia de ficar presa, gostaria de pagar a pena prestando serviços” (NC: 424); outro réu, por fim, afirma que os três meses que ficou preso preventivamente “foram o suficiente para pagar o seu feito e que já sofre as consequências de não conseguir emprego e estar marcado socialmente” (NC: 220). Por fim, vale mencionar as esposas que afirmam que o marido “não merece ser preso”, mas “seria justa uma condenação à prestação de serviços à comunidade” (NC: 341), ou aquela que “acha que seu marido não agiu certo, mas não merece a pena de prisão” (NC: 392).

O sentido dado ao termo “justiça” também se revela insuscetível de redução a qualquer denominador comum. Quando há afirmação de inocência pelos réus e seus familiares, “justiça” é definida como o reconhecimento público e exposto da falsidade da acusação realizada (NC: 153, 208). Para os vitimizados e os seus há, em primeiro lugar, a associação do termo à busca de paz e serenidade para viver o presente e o futuro. Uma mãe afirma esperar por justiça por ser “isso que a sustenta” (NC: 139); outra mãe “espera que a justiça seja feita, é para isso que eu vivo” (NC: 297); “pra gente se sentir um pouco melhor, de que foi feito justiça, diante da impunidade nos sentimos desamparados” (NC: 409); um pai vincula a condenação do réu a uma “mínima consolação” de seu sofrimento, ao mesmo tempo que afirma “ter pena da família dele” (NC: 201). Tem-se aqui o sentido próprio de restauração, o qual diz respeito muito mais à percepção de justiça como uma experiência pessoal vinculada à superação e ressignificação do próprio sofrimento do que, necessariamente, à imposição desta ou daquela sanção penal a outrem.

Mas há também a presença de “sede de vingança” (NC: 263, 377) e expectativas que associam “justiça” à aflitividade da medida prevista, com severidade e rigor. Por duas vezes aparece a afirmação do desejo que o réu “apodreça” (NC: 231, 310) e a utilização do termo “condenação máxima”, associada ao fato de o réu ter cometido “um ato de crueldade sem explicação” (NC: 27, 470). Não se pode deixar de anotar a presença da expressão “sem explicação”, que denota a incompreensão e o

inconformismo em relação ao ocorrido. Não se pretende supor que sempre haja “explicações” satisfatórias, mas procedimentos de mediação com a participação dos envolvidos visam justamente reduzir a névoa presente na visualização do fato pretérito que causou o dano.

Assim também em relação às diversas ocasiões em que a expectativa por uma punição rigorosa é vinculada ao profundo sofrimento sofrido: há a associação ao intenso sofrimento com a morte do filho e filha (NC: 32, 173), da irmã (NC: 164), ou do marido (NC: 172), ou se deseja a “pena máxima” porque “foi muito bárbaro o que ele fez com minha esposa” (NC: 445). Em delito cujo desdobramento conduziu a filha da vítima a trabalhar em uma casa de prostituição após os diversos prejuízos financeiros ocasionados pelo crime, esta afirmou desejar “uma morte bem dolorosa para o réu” (NC: 271). O anseio de que o réu seja “punido com a condenação máxima” é também vinculado à ideia de “dano irreparável” na família (NC: 114, 236, 457), tema enfrentando adiante por ocasião da abertura do conceito de reparação a uma dimensão simbólica e não meramente monetarizada.

De todo modo, mesmo no âmbito das mais graves consequências a percepção de justiça é variável. Não é necessariamente regida pela lógica do talião: vide homicídio com sinais de crueldade, em que o autor literalmente “furou os olhos” da vítima, mas os familiares desta querem “que a justiça seja feita”, o que significa, segundo eles, que o réu passe “muitos anos na cadeia” (NC: 212). Tampouco tem uma postura determinada, podendo-se mencionar caso em que a vítima, paraplégica, com perda parcial do movimento do braço esquerdo e de dois terços do intestino e do controle dos esfíncteres, afirma que “não tem nada contra o réu”, que ele sofreu problemas psicológicos e teme que a condenação o faça “enlouquecer de vez” (NC: 232).

A ideia que se pretende desenvolver nos capítulos seguintes é que a (in)viabilidade do encontro e da mediação entre ofensor e vítima não está condicionada à gravidade ou violência do crime, mas sim a outros fatores. Algumas das mais significativas práticas de mediação têm o foco em crimes cometidos com intenso grau de violência⁷⁴. Para que possa haver diálogo é preciso que haja as condições para tanto,

⁷⁴ Exemplificando, vide o projeto “Victim’s Voices Heard”, fundado em 2002 em Delaware, no Canadá. O programa organiza práticas de mediação entre autor e vítima em crimes violentos, a maioria envolvendo violência sexual. Sua fundadora e organizadora, Kim Cook, iniciou o projeto após ter a própria filha, então com 17 (dezessete) anos, assassinada; cf. MILLER, Susan. *After the crime: the power of restorative justice dialogues between victims and violent offenders*. New York: New York University Press, 2011. O sítio virtual do programa pode ser acessado em <http://www.victimsvoicesheard.org>.

e a primeira delas trata da construção social de um espaço que o permita, e não o impossibilite.

1.4. Vitimologia e a participação da vítima no processo penal brasileiro

A participação ativa dos sujeitos – criminalizados e vitimizados – do conflito em sua resolução é o principal componente excluído da construção social moderna das práticas de censura e suas representações. De acordo com BOURDIEU,

a instituição de um ‘espaço judicial’ implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social.⁷⁵

As vítimas são, com efeito, as “notas de rodapé do processo criminal”⁷⁶. Foi nesse sentido que Nils CHRISTIE se referiu a elas como “duplas perdedoras”, em importantíssimo texto publicado em 1977⁷⁷. Em suas palavras, os advogados seriam “ladrões profissionais” pois responsáveis por uma arbitrária redução da complexidade – ao determinarem o que é e o que não é relevante – que priva a vítima e a própria coletividade da oportunidade de lidar com seus conflitos.

Através da especialização, há a instituição de uma “distância neutralizante” que visa “organizar, segundo formas codificadas, a *manifestação pública* dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais”⁷⁸. No entanto, o que ocorre é que os sujeitos diretamente envolvidos no conflito sequer conseguem acompanhar o desenrolar das etapas do processo, não compreendem a linguagem forense, não sabem, sequer, *o que aconteceu*. Há indicações consistentes dentre os estudos em questão: uma mãe que só foi saber como foi a morte do filho por ocasião da entrevista (NC: 11); mãe que até a entrevista disse “achar” que seu filho havia sido morto “por engano” (NC: 131); mãe que até aquele dia “não sabe bem o que aconteceu no dia do crime” (NC: 160); mãe que claramente diz que “almeja justiça” de forma conectada ao fato de ainda desconhecer as circunstâncias em que sua filha foi morta

⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 225.

⁷⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 31.

⁷⁷ CHRISTIE, Nils. “Conflict as Property”. *British Journal of Criminology*, v. 17(1), 1977, p. 1-15.

⁷⁸ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 228.

(NC: 211); a própria vítima disse que “nunca ninguém lhe contou a história do crime” e “deseja que o réu permaneça preso” (NC: 378); por telefone, a mãe da vítima relata que ela e o marido muitas vezes tinham tentado obter informações sobre o andamento do processo sem sucesso (NC: 441); familiar que se queixa da falta de informação e diz “sempre procurar saber notícias do processo nas delegacias” (NC: 37); irmão da vítima que afirma que o que deseja é “entender” a situação, pois o réu era seu amigo, quer “entender porque ele foi morto” (NC: 111).

Segundo BOURDIEU, o próprio reconhecimento do direito como forma do discurso legítimo implica que “a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem do seu funcionamento” permaneça desconhecida⁷⁹. Com a profissionalização do sistema de justiça criminal, a vítima, o acusado, seus próximos, todos são apartados da própria possibilidade de compreensão do que se passa.

Se por um lado a construção teórica e prática do processo penal moderno passou pela sua publicização de modo a retirar a vítima de cena, por outro diversos movimentos acadêmicos e político-criminais desde o início do século XX buscaram demarcar um novo lugar e um novo interesse pela sua figura. A “nova disciplina” ou movimento conhecido como vitimologia, porém, não teve por foco a revisão da premissa da exclusão da vítima. Sob influência das teorias da oportunidade como hipótese explicativa do crime, seu foco originário foi precipuamente político-criminal, demarcando uma espécie de responsabilidade compartilhada pela ocorrência do delito.

Em outros termos, o objetivo da vitimologia tradicional, referenciada nas obras de Benjamin MENDELSON e Hans VON HENTIG⁸⁰, foi e é identificar a parcela de responsabilidade da vítima na ocorrência do crime, o que pode tanto servir a políticas de prevenção como até mesmo ser alçado a critério de valoração sobre a conduta do autor, podendo ter a reprovação reduzida⁸¹, no sentido, inclusive, da própria justificativa para os estudos psicossociais apresentada acima.

Pode-se falar, nesse sentido, em uma dimensão etiológica da vitimologia tradicional que acaba revitimizando as próprias vítimas através dos estereótipos que

⁷⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 243.

⁸⁰ O primeiro seria o responsável por cunhar o termo “vitimologia”, v. MENDELSON, Benjamin. “Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: victimologie”. *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 11 (2), 1956, p. 95-109; e também VON HENTIG, Hans. *The Criminal and his Victim*. New Haven, Conn: Yale University Press, 1948.

⁸¹ O próprio art. 59 do Código Penal brasileiro pode ser interpretado nesse sentido: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, *bem como ao comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”.

impõem⁸², problema especialmente apontado pelas críticas feministas das hipóteses explicativas dos crimes sexuais e da violência doméstica que produzem uma espécie de responsabilização das mulheres violentadas pela violência sofrida.

Uma primeira questão se refere aos limites do próprio conceito de “vítima”, o qual, para FIGUEIREDO DIAS, com conceito denominado estrito, imediato ou típico, seria apenas a “pessoa que, segundo o critério que se retira do tipo preenchido pela conduta criminosa, detém a titularidade do interesse jurídico-penal por aquela violado ou posto em perigo”⁸³. Já para CÂMARA, deve abranger “todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais”⁸⁴. Um conceito mais abrangente aparece no artigo 2º da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985), da Assembleia Geral das Nações Unidas, que também inclui “a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização” (A.2).

Mesmo ampliado, incluindo aquelas “secundárias ou indiretas”, o próprio conceito de “vítima” pode ter sua utilização questionada por carregar em si significados incompatíveis com um modelo efetivamente alternativo⁸⁵. Na “vitimologia crítica”, fortemente influenciada pelo pensamento feminista, busca-se trazer ao debate o papel da própria lei e do Estado nos processos de vitimização através da construção de determinados papéis e estereótipos, sobre os quais se haveria convertido a vítima de crimes em mais uma espécie de “consumidor”. O discurso crítico visa superar o debate se as vítimas teriam “necessidades ou direitos”⁸⁶, ambas respostas reducionistas, se isoladas. A primeira tende à monetarização do dano sofrido e da experiência de vitimização, enquanto a segunda é em regra contraposta, ideologicamente, aos “direitos do réu”. Ora, na perspectiva do devido processo legal não há vítimas e ofensores, mas todos em um mesmo lugar. O jogo é entre “acusação e defesa”, sendo evidente que o réu tem direitos e garantias vinculadas à sua defesa. A proposta é que se fale sim em

⁸² RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 221.

⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, p. 505.

⁸⁴ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 77.

⁸⁵ CHRISTIE, Nils. “Restorative Justice: Five dangers ahead”. KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (org.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice*, p. 202.

⁸⁶ MAYBY, Rob; WALKLATE, Sandra. *Critical Victimology*, p. 177-178.

“direitos” das vítimas, porém relacionados à compreensão estrutural das condições da experiência de vitimização e de forma concreta, individualizada.

Inclusive, a vitimologia crítica também se preocupa em demonstrar a seletividade dos processos de vitimização, o que se coaduna com a busca por um referencial material das situações socialmente negativas:

A vitimização recai de modo desigual por sobre os indivíduos e grupos. O risco de vitimização está intimamente relacionado ao local, e o risco individual de vitimização se correlaciona com a idade, o sexo e os padrões de rotina, (...). Muitos crimes são endógenos – vítimas, testemunhas e autores são recrutados substancialmente dos mesmos grupos e estão mais propensos a estar em contato (literalmente) um com o outro.⁸⁷

O conceito de “processo de vitimização primária” se refere ao fato-crime e aos danos diretamente decorrentes, principalmente psicológicos e emocionais, enquanto a vitimização secundária, ou sobrevivitização, remete ao contato com o sistema de justiça criminal e a inevitável violação de direitos que dele segue⁸⁸. Por vitimização terciária, por fim, refere-se em regra aos mecanismos e processos de estigmatização por parte da própria comunidade em relação à vítima.

Para psicólogas que atuam em práticas de mediação na Itália, o conceito de processo de vitimização permite ir além do fato-crime:

O processo de vitimização, como o compreendemos, é um processo complexo que implica diversas etapas histórico-temporais e vários níveis de interação entre os diversos atores envolvidos e, portanto, não apenas o específico ‘aqui e agora’ da ação-crime e dos dois protagonistas autor do delito e vítima.⁸⁹

Há um histórico de interações, portanto, entre vítima e ofensor e suas respectivas famílias e comunidades de suporte, constituindo o objeto de análise por parte desse tipo de abordagem. Pressupõe-se que há mais para além da ação definida institucionalmente como delito, a qual é tomada como expressão de um conflito maior, mais profundo e complexo, do que as molduras próprias do sistema penal são capazes de abarcar. Vide,

⁸⁷ HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. “Victims, victimization and criminal justice”. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 465: “Victimization falls unequally on particular individuals and groups. Risk of victimization is closely related to geographical area, and risk of personal victimization correlated with age, sex, and patterns of routine activity, (...). Much crime is endogenous – victims, witnesses and offenders are recruited from substantially the same groupings and are more likely to be (quite literally) in contact with one another”.

⁸⁸ Sobre, v. MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 53-54; BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 69 e ss.

⁸⁹ SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. “L’ascolto delle vittime nella mediazione penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 102: “Il processo de vittimizzazione, così come da noi inteso, è un processo complesso che implica diverse fasi storico-temporali e vari livelli di interazione tra i diversi attori coinvolti e quindi non solo lo specifico ‘qui ed ora’ dell’azione-reato e dei due protagonisti autore di reato e vittima”.

por exemplo, a grande quantidade de casos que envolvem uso e tráfico de drogas e alcoolismo⁹⁰; ou o caso de uma família em que pais e filhos fazem intenso uso de drogas por oito anos e o pai acaba matando a mãe, manifestando-se depois um dos filhos desejando “tudo de bom a ele” (NC: 31); ou situação em que o filho assiste ao homicídio da própria mãe, cometido pelo pai, também em contexto de violência familiar, afirmando por ocasião do julgamento que “acha que ele deve pagar pelo que fez, mas não guarda rancor” (NC: 219). Mas o sistema penal formal não apenas não dá conta de tamanha complexidade como, justamente por ser construído com base na premissa da exclusão dos sujeitos envolvidos, agrava mecanismos de segregação, produzindo e reforçando processos de vitimização.

Com a vitimização primária, em regra constata-se danos físicos, econômicos, psicológicos e emocionais, entre outros, mas certamente condicionados a uma percepção subjetiva por parte da própria vítima⁹¹, o que permite definir os impactos do fato como uma experiência de natureza pessoal (em língua inglesa denominado “post-traumatic stress disorder”) que obedece a variáveis diversas.

Percebeu-se que as enquetes de vitimização têm alcance limitado no que se refere à vitimização primária, ou seja, as consequências do crime para as vítimas diretas e indiretas, muito por conta da limitação inerente ao que se pergunta. Já por meio de investigações qualitativas, especificamente voltadas para determinados tipos de crime, chegou-se a algumas conclusões relevantes. Quando há violência direta, por exemplo, nota-se maior possibilidade de produção de efeitos de duração de médio e longo prazo⁹²; já em crimes contra a propriedade, há, para muito além do prejuízo patrimonial, um sentimento de violação da autonomia que gera uma espécie de insegurança pessoal vinculada a dificuldades na manutenção da rotina diária e nas relações interpessoais.

Também há grande impacto em relação às vítimas secundárias ou indiretas, como a discriminação local e perda de emprego. Segundo ZEHR, exemplificando, “o índice de divórcios entre os pais de crianças assassinadas é alto” e isso, entre outros fatores,

⁹⁰ NCs: 13, 19, 30, 32, 35, 43, 47, 51, 62, 106, 109, 111, 112, 118, 119, 122, 129, 147, 150, 155, 156, 162, 193, 218, 220, 226, 227, 247, 250, 251, 270, 311, 323, 327, 337, 340, 341, 342, 344, 345, 352, 353, 361, 369, 382, 389, 391, 397, 400, 414, 415, 416, 421, 422, 424, 425, 452, 457, 461, 479, 481, 485.

⁹¹ HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. “Victims, victimization and criminal justice”. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 468.

⁹² Para vasta bibliografia, v. referências em DIGNAN, James. *Understanding victims and restorative justice*, p. 26 e HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. “Victims, victimization and criminal justice”. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 468 e ss.

porque o crime é essencialmente uma violação: uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo em que acreditamos, de nosso espaço privado. O crime é devastador porque perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais calcamos nossa vida: a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal⁹³.

Vai-se, como se nota, pela via da crença na razão, e este é um obstáculo a ser levado em conta. Mesmo assim, ainda que sob o marco de tal crença, a experiência de vitimização pode ser definida como experiência de desumanização. A violência direta perturba a própria autonomia e clamará, por isso, pelo que depois se cunhou denominar “empoderamento”.

As consequências mencionadas nas falas das vítimas e seus familiares visivelmente extrapolam a dimensão econômica do dano, a qual ocupa um lugar muito menos relevante, em termos de intensidade e frequência de sua menção, do que modalidades de impacto de caráter emocional. Nada pode garantir ou comprovar relações de causa e efeito aqui, mas são os próprios entrevistados a estabelecerem tais conexões. São mencionados prejuízos econômicos apenas em algumas ocasiões (por exemplo NC: 27, 226, 271), mas a ênfase é muito maior nos danos emocionais, como os casos de insônia e depressão (NC: 131, 153, 296, 343, 357), depressão profunda (NC: 32, 340, 385, 478), com necessidade de tratamento psiquiátrico (NC: 129, 226, 303, 334, 351, 403, 429, 457, 474, 484), repercutindo inclusive na necessidade de tratamento psicológico em crianças, filhos ou pessoas próximas à vítima (NC: 6, 22, 192, 226, 259, 326, 340). Há menção expressa a tentativas e consumação de suicídio de familiares (NC: 100, 139, 180, 409, 445) e também ao agravamento ou surgimento de vícios e doenças, tais como alcoolismo (NC: 98), problemas cardíacos (NC: 263, 277), acidente vascular cerebral logo após o fato (NC: 119, 196), agravamento de câncer (NC: 76) e “síndrome do pânico” (NC: 165).

Há, ainda, a descrição de toda sorte de traumas, tais como a perda dos movimentos das pernas (NC: 206) e dos dedos da mão (NC: 264), “dores no estômago” e “quedras bruscas de pressão arterial” (NC: 5), perda de apetite e de peso (NC: 40), perda da capacidade de falar em timbre alto e impossibilidade de praticar exercícios físicos devido às sequelas de facada no pescoço e nas costas (NC: 90), incapacidade de se concentrar no trabalho (NC: 211), sentimentos de impotência (NC: 153) e de culpa pelo ocorrido (NC: 129, 293), além de filha de vítima que passou a se prostituir após o

⁹³ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 23-24.

crime devido à crise financeira decorrente do delito (NC: 271), embora sempre se possa questionar, ressalva-se, a conexão precisa entre o crime e tal desdobramento dos fatos.

A Lei 11.690, de 9 de junho de 2009, tratou do “ofendido” de modo distinto das demais testemunhas, com a alteração do artigo 201 do Código de Processo Penal⁹⁴. Mas o âmbito de legitimação de sua atuação é bastante restrito: a regra é que odireito de ação tenha como titular o Ministério Público (art. 129, I, CR), ressalvados os casos de ação penal de iniciativa privada – pouquíssimos na forma originária, mas sempre possível de forma subsidiária por imposição constitucional (art. 5º, LIX, CR) – e aqueles nos quais o exercício do direito de ação pelo Ministério Público é condicionado à manifestação de vontade do ofendido na forma de representação. Em ambos os casos, a regra é que, no caso de falecimento ou ausência do ofendido, o direito de queixa ou representação possa ser exercido pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (consoante, respectivamente, o art. 31 e o art. 24, §1º, do CPP), o que não é possível somente nos casos de ação penal de iniciativa privada “personalíssima”. Na maioria dos casos, em que a ação penal é pública incondicionada, a possibilidade jurídica de participação do ofendido se reduz à figura do assistente de acusação.

Os processos de *vitimização secundária* tratam dos danos psicológicos e emocionais ulteriores produzidos não pelo crime, mas pelo contato com o sistema formal de justiça criminal, desde a polícia e a investigação preliminar até, conforme for, a execução. É possível afirmar que tais processos são inerentes ao contato com o sistema penal, e não produto de um “mau funcionamento” dele, vindo a se confundir

⁹⁴“Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. § 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. § 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. §4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação”. Sobre a distinção necessária entre “ofendido” e o “sujeito passivo” referido em direito penal, v. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 59-60: “Diversamente do conceito de sujeito passivo, que é determinado a partir da norma de Direito Penal que tipifica a conduta, as demais vítimas devem ser deduzidas da norma processual penal. No que tange ao processo penal brasileiro, possuem legitimidade para figurar no processo penal no caso de morte ou ausência da vítima: o cônjuge, o descendente, o ascendente e o irmão, seja na hipótese de ação penal privada ou, ainda, quanto ao direito de representação nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, bem como possível assistente da acusação nos crimes de ação penal pública”.

com as próprias possibilidades de participação da vítima no processo penal. É possível sistematizar, assim, alguns dentre os diversos possíveis exemplos de vitimização secundária ou sobrevitimização no processo penal brasileiro⁹⁵.

Primeiramente, entre o fato e a investigação preliminar, um primeiro ponto de tensão está na decisão de se o levar ao conhecimento da autoridade policial por meio de *notitia criminis*, qualquer que seja a natureza da ação penal.

A cifra oculta, diferença entre a criminalidade real e registrada, é sabidamente de enormes proporções. Buscou-se a obtenção de dados mais consistentes que as estatísticas criminais tradicionais através da utilização de duas formas alternativas de investigação: as enquetes de vitimização e as enquetes de auto-denúncia, que consistem, respectivamente, em questionar anonimamente as pessoas de determinada região em relação ao número de vezes em que teriam sido vítimas e o número de vezes em que teriam cometido um delito, independentemente de ter sido realizada a denúncia ou o registro do fato.

Verificou-se que um dos fatores importantes para a magnitude da cifra negra da criminalidade seria a baixa propensão da vítima à procura do sistema formal de justiça criminal, além de diferenças indicadas conforme idade, classe social e tipo de delito⁹⁶. Por um lado, denunciar pode significar a publicização de uma interação privada que devolve à vítima uma posição ativa, o que favorece sua autoestima e a superação do sentimento de impotência muitas vezes decorrente da experiência de vitimização, especialmente se violenta; por outro, pode produzir o efeito indesejado de definição e reforço do papel de vítima, contribuindo por vezes à estigmatização e ao isolamento próprio e de sua família⁹⁷.

Em suma, na fase de investigação preliminar, o ofendido pode sempre apresentar notícia-crime dando impulso à persecução (art. 5º, CPP), deverá ser ouvido no inquérito policial ou procedimento investigatório e poderá requisitar diligências cujo cumprimento ficará a critério da autoridade policial (art. 14, CPP). Tratando-se de caso de ação penal pública incondicionada, não há qualquer momento em que sua intervenção seja de algum modo decisiva, não intervindo no caso de manifestação do Ministério Público pelo arquivamento da investigação (art. 28, CPP). Caso se trate de

⁹⁵ Por exemplo, BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 73-92.

⁹⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 87.

⁹⁷ Sobre, v. SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. “L’ascolto delle vittime nella mediazione penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 103-104.

caso de ação penal pública condicionada à representação, poderá haver a retratação da representação até o oferecimento da denúncia (art. 25, CPP).

A partir do momento do recebimento da denúncia e até o trânsito em julgado, o ofendido ou seu representante legal (art. 268, CPP; art. 31, CP) pode atuar como assistente do Ministério Público ou “assistente de acusação”. Há possibilidade de fixação de *quantum* mínimo indenizatório já na sentença condenatória (art. 387, IV, CPP), bem como de formação de título executivo judicial (art. 475-N, II, CPC) e de se fazer uso das medidas assecuratórias reais (art. 125 e ss., CPP). Por outro lado, porém, o assistente de acusação passou a poder requerer a prisão preventiva do acusado (art. 311, CPP) e há controvérsias quanto à admissibilidade de recurso exclusivamente voltado ao aumento da pena⁹⁸.

Em segundo lugar, tem-se o contato com a polícia e a participação na investigação preliminar. A realização do exame de corpo de delito, prova de materialidade, pode ser determinada de ofício pela autoridade policial (art. 158, CPP), inclusive com a possibilidade de condução coercitiva (art. 201, §1º, CPP), dispositivo que pode, inclusive, ter sua recepção pela Constituição de 1988 questionada em face da garantia da intimidade (art. 5º, XXX, CR).⁹⁹

Em terceiro lugar, nas fases postulatória e instrutória, a vítima ou ofendidos segue sendo tratada como objeto de prova, e não sujeito de direitos, constatação não alterada pela modificação do art. 201 do CPP, o qual na organização sistemática do Código de Processo Penal segue entre as “provas em espécie”.

É evidente que o contato com o sistema penal, assim como (re)vitimiza as vítimas, atinge os familiares dos réus e eles próprios de modo muito intenso. Um dos exemplos está nas várias referências aos procedimentos de revista para ingresso nos estabelecimentos penais por ocasião das visitas¹⁰⁰, considerado “humilhante” em diversas entrevistas (NC: 206, 222, 302, 416, 431).

Sobre a discriminação e estigmatização das vítimas em seu entorno, há indicações de tais processos de “vitimização terciária” notadamente em relação aos

⁹⁸ Sobre, v. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, p. 772 e ss.

⁹⁹ Nesse sentido BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 78.

¹⁰⁰ Importante observar que não há uniformização normativa em relação ao tema: a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) não trata do assunto e as unidades da federação adotam procedimentos distintos. No Estado do Paraná, há apenas a edição de um “Caderno de Segurança”, do Departamento Penitenciário do Estado, em que se prevê a realização da revista íntima; disponível em: http://www.esedh.pr.gov.br/arquivos/File/caderno_seguranca.pdf, p. 89 e ss. Entretanto, é evidente a inconstitucionalidade desse tipo de procedimento, mormente porque um Caderno de normas não tem força normativa alguma, em face da violação do direito constitucional à intimidade (art. 5º, X, CR).

filhos dos réus: aquele de quatro anos que “só pergunta do pai” (NC: 55), a criança de onze anos, filha do réu, que é chamada na escola de “filha do estuprador”, sendo discriminada inclusive pelos professores (NC: 100), aparecimento de problemas de saúde na criança (NC: 153), problemas no rendimento escolar (NC: 59) e o abandono dos estudos (NC: 81). A discriminação também atinge a avó, que pede a soltura do neto para que possa “cuidar dela” (NC: 84), ou as mães dos acusados (NC: 180), quando “chamada de vagabunda” pela polícia, tendo passado a sofrer de depressão e alteração de pressão arterial (NC: 85), podendo obrigar a família a mudar de residência por conta de ameaças (NC: 175) ou por terem tido a casa e o carro apedrejados (NC: 241, 267).

Nos termos da companheira de um dos acusados, “se ele errou, tem que pagar, mas a família paga uma pena junto” (NC: 57) ou da mãe que reconhece: “estou presa junto com ele” (NC: 478), o que se verifica é também *culpa* e relatos de natureza emocional semelhantes àqueles presentes dentre os familiares das vítimas, como a cogitação do suicídio (NC: 115), insônia e depressão, com necessidade de tratamento psiquiátrico (NC: 137, 166, 205, 367), graves prejuízos financeiros, tanto decorrentes da necessidade de contratação de advogado (NC: 344) como por conta da falência de empreendimentos familiares, como no caso em que a lanchonete da família restou por fechar as portas e os pais do réu passaram a ser diaristas, com diagnóstico de quadro depressivo (NC: 280).

Não são poucos os acusados que afirmam arrependimento¹⁰¹. Há referência, com muita consistência, a consequências danosas vinculadas ao fato e que não necessariamente dizem respeito à questão da confirmação ou negação da autoria. Fala-se na dificuldade em obtenção de emprego fixo (NC: 181, 453), em planos e tentativas de suicídio (NC: 199, 373), em agressão pela população (NC: 232), em ter sido “tratado como vagabundo”, o que, “para uma pessoa honesta e trabalhadora, é difícil de engolir”, pois “não era como os outros detentos” (NC: 253).

Sobre a sua percepção de justiça, há o reconhecimento de uma “punição não-oficial” inerente aos desdobramentos do contato com o sistema penal, como aquele que reconhece o próprio processo pendente “como uma pena” (NC: 270), o outro que afirma que “já está pagando uma pena por estar longe do filho, que isso é pior que a prisão” (NC: 453); ou que estaria muito arrependido, que faz uso de medicamento psiquiátrico e que “até hoje acorda assustado, recorda do crime, voltam flashes do que aconteceu”, e

¹⁰¹ NCs: 50, 51, 63, 80, 147, 157, 158, 163, 166, 174, 181, 197, 232, 238, 250, 253, 260, 273, 280, 281, 311, 315, 325, 337, 364, 375, 447, 448, 449, 463, 467, entre outros.

acredita que está sendo “punido diariamente” (NC: 315), quiçá pela própria culpa, observando que sua mãe “manda rezar missa mensalmente em intenção da vítima”. Os familiares desta afirmaram apenas que esperam que o réu “seja condenado”.

O “sentimento de culpa” é outro componente de censura trazido à baila pelos próprios réus e que independe da operacionalização do sistema penal, ou melhor, independe deste para emergir, por mais que a referência sempre vincule o “alívio desejado” às sanções oficiais. Mas certamente não por conta da afliatividade, e sim por conta do componente *expressivo* supostamente presente na pena. Por exemplo: “quando aconteceu queria ter sido preso. Não aguento mais viver com esse peso. Se eu pagasse aliviava a dor, mas não a culpa. Eu não tive culpa, eu quero uma coisa que me alivie” (NC: 463); ou ainda: “quero pagar pelo que fiz, sei que tô errado, quero pagar e ter minha vida de volta” (NC: 467).

Em muitos outros casos, porém, essa necessidade de ressignificação e compreensão do ocorrido, que também existe em relação aos responsáveis pelos atos em questão, não encontra vazão no sistema penal formal. É o que se vê do caso em que o acusado matou o pai, o qual teria violentado sexualmente sua irmã portadora de deficiência mental. Após o ato, ele passou a fazer tratamento psiquiátrico, acompanhamento psicológico e tentou suicídio (NC: 174). A formalização pelo processo não foi capaz de canalizar e ressignificar, em nenhum sentido, tal quadro, porque a punibilidade foi extinta em face do decurso do prazo prescricional.

Restringir a ideia de “reparação” à dimensão pecuniária se coloca, nesse sentido, como um risco a ser tomado com cautela. A reparação que se reduz aos prejuízos econômicos pode efetivamente ser um desvio de sentido que amesquinha e “privatiza”, nesse sentido, qualquer prática de mediação¹⁰². Porém, não é difícil notara ampla prevalência desse tipo de escopo quando se fala em uma política criminal que resgate o lugar da vítima¹⁰³, o que tem sentido em um marco epistemológico que desresponsabiliza o Estado. No âmbito jurídico-penal, o resgate do tema nas últimas

¹⁰² Nesse sentido, defendendo que o mediador deva permanecer distante da questão do ressarcimento dos danos, os profissionais atuantes em Milão, cf. BRUNELLI, Federica. “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 79.

¹⁰³ É esta a perspectiva em CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 161 e ss.; SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; entre outros, ressaltando-se exceções como ROSA, Alexandre Morais da. “Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades”. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, p. 213 que alerta: “Há uma preocupação, também, contra o perigo da monetarização dos relacionamentos intersubjetivos, a saber, de se [tentar] quitar as culpas com dinheiro, uma vez que a psicanálise bem sabe o que significa: te pago para que não nos relacionemos”.

décadas gira em torno à discussão sobre a natureza político-criminal da reparação do dano causado pelo crime¹⁰⁴, um debate que parece “estéril”, no sentido, justamente, de pouco fértil, na medida em que se opera sob as mesmas premissas e conceitos de fundo.

No Brasil, a introdução da possibilidade de fixação de valor mínimo de indenização pelo juiz penal, na sentença condenatória (art. 387, VII, CPP, alterado pela Lei 11.719/2008), acaba por violar abertamente a garantia constitucional do contraditório pleno quanto à formação do título executivo¹⁰⁵, tendo em vista seus efeitos civis e sua repercussão quanto ao direito fundamental da vítima à reparação.

Não há saída: caso se queira buscar construir uma perspectiva restaurativa de censura a partir da participação dos envolvidos, haverá que se operar com a ideia de reparação *simbólica*, e não somente econômica, o que significa um tipo de reparação capaz de trazer de volta o sujeito, sua responsabilidade, o sentido de alteridade.

1.5. “Pontes ao invés de muros”: o que *poderia* acontecer?

Nas palavras de Afrânio Silva JARDIM, “não mais se põe em dúvida que a infração penal agride um valor social relevante. Mais do que isso, com justa razão, se considera prevalente a afirmação deste valor social em face do interesse violado do ofendido”¹⁰⁶. Todavia, não é apenas da “superioridade” do interesse público sobre o individual que se trata, mesmo porque tal característica não explica, por si só, o confisco do conflito. A questão presente é que todas as formas de participação do ofendido no processo penal brasileiro o instrumentalizam para a consecução das funções reais da pena estatal de produção e reprodução da segregação e da diferenciação social. Não há qualquer viés de aproximação ou ressignificação do laço de hostilidade instalado pelo delito. Há apenas mais muros.

Preliminarmente, sabe-se que as vítimas de crimes como “grupo de pressão” em regra exercem a função político-criminal de legitimação da pena, seja protestando “contra a impunidade” e reivindicando o incremento da severidade das sanções, seja reivindicando serviços de natureza assistencial¹⁰⁷. Por exemplo, o caso em que a mãe da

¹⁰⁴ Sobre o tema, v. ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. MAIER, Julio (coord.). *Dos delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 130-156.

¹⁰⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 176 e ss.

¹⁰⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, p. 12.

¹⁰⁷ Sobre o possível liame entre a culpa e esse tipo de atitude, v. crônicas de Contardo CALLIGARIS; por exemplo, “Delinquência e privação”. *Folha de São Paulo*, Ilustrada, 2.10.2010, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq0212201024.htm>.

vítima afirma “sentir ódio do réu” e que deseja que “o réu pague com a pena máxima que houver, acho que a pena justa seria a prisão perpétua”, tendo passado a frequentar grupos que discutem mudanças na legislação, fazendo referência, na entrevista, à progressão de regime (“isso não é justiça, é injustiça”) (NC: 371).

A “fala do crime”, segundo CALDEIRA, vincula-se a discursos depreciativos sobre os pobres e constitui elemento central na construção da distância social, seja através de grades ou muros, seja através de “cercas simbólicas”¹⁰⁸. O conceito de “fala do crime” descrito pela autora, a partir de entrevistas com moradores de bairros de São Paulo, remete com contundência à função decisiva das modalidades horizontais de controle social:

Ao contrário da experiência do crime, que rompe o significado e desorganiza o mundo, a fala do crime simbolicamente o reorganiza ao tentar restabelecer um quadro estático do mundo. Essa reorganização simbólica é expressa em termos muito simplistas, que se apóiam na elaboração de pares de oposição óbvios oferecidos pelo universo do crime, o mais comum deles sendo o do bem contra o mal.¹⁰⁹

Segundo a autora, a “fala do crime” ressignifica outras questões sociais, políticas e econômicas, relidas tendo a questão do medo do crime como ponto de partida, o que acaba por reproduzir a violência em oposição à democracia, “faz o medo circular através da repetição de histórias e, sobretudo, ajuda a deslegitimar as instituições da ordem e a legitimar a privatização da justiça e o uso de meios de vingança violentos e ilegais”¹¹⁰.

Sem prejuízo da importância de se compreender o discurso punitivo como *ideologia* de poder, trata-se de elementos decisivos dele que circulam também dentre os próprios sujeitos criminalizados e vitimizados, muitas vezes pertencentes aos mesmos extratos sociais. Segundo CALDEIRA, “é que os dominados não tem um repertório alternativo para pensar a si mesmos e são obrigados a dar sentido ao mundo e à sua experiência usando a linguagem que os discrimina”¹¹¹. É o que se vê das distinções estabelecidas em falas como: “fez o que fez, mas era trabalhador” (NC: 344), “não acho que meu filho mereça ser preso porque ele é um guri bom” (NC: 349); ou ainda: “meu pai errou, mas não é bandido” (NC: 439).

A linguagem reducionista das oposições entre bem e mal generaliza subjetividades e serve à conservação de uma determinada racionalidade sobre as formas

¹⁰⁸ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 70.

¹⁰⁹ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 28.

¹¹⁰ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 43.

¹¹¹ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 85.

modernas de punir. Vale a reflexão de PIRSIG sobre a motocicleta para se perceber que ela, mesmo que possa parecer apenas um punhado de formas metálicas, é também ideias e conceitos, conforme o prisma adotado¹¹². Há uma estrutura, “um sistema”, que sobrevive caso as transformações incidam somente sobre as formas:

Se destruímos uma fábrica, sem aniquilar a racionalidade que a produziu, essa racionalidade simplesmente produzirá outra fábrica igual. Se uma revolução derrubar um governo sistemático, mas conservar os padrões sistemáticos de pensamento que o produziram, tais padrões se repetirão no governo seguinte. Fala-se tanto sobre o sistema, e tão pouco se entende a seu respeito¹¹³.

Quicá não seja a preservação dos mesmos “padrões sistemáticos de pensamento” no que tange às representações coletivas sobre o crime e a punição, na base dos canais institucionais que as formalizam e, em tese, evitam a perpetuação da violência, a questão de fundo para se compreender o descumprimento da promessa moderna de redução da violência através de seu monopólio e apropriação estatal?

A possibilidade de repetição de tais padrões é um risco fortemente presente nas experiências concretas de mediação que ganham espaço em diversos países, nas últimas décadas, mesmo se reconhecendo na “justiça restaurativa” o movimento mais radical na maneira como vinha sendo concebido o lugar da vítima na questão criminal¹¹⁴. Sem tal abertura, não há o novo, mas apenas “mais do mesmo”. Mas é preciso que esta “abertura” signifique efetivamente a superação de determinadas concepções de racionalidade e sujeito, que haja um resgate da participação ativa dos envolvidos dentro da construção de novas representações para a justiça, para o que é censura.

Afinal, a “elaboração da imagem do criminoso como alguém que está o mais distante possível” constitui “categoria classificatória que atua na vida cotidiana e cuja função principal é dar sentido à experiência”, com base especialmente na oposição maniqueísta entre bem e mal¹¹⁵. O fechamento a qualquer possibilidade de fala e enfrentamento da própria vitimização só pode vir a fortalecer os estereótipos e abstrações que produzem as percepções subjetivas de insegurança.

Com esse outro tipo de prática, possivelmente nominada “restaurativa”, eleva-se a objetivo a desconstrução das “falas do crime” e seus preconceitos e elementos

¹¹² PIRSIG, Robert. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas*, p. 100.

¹¹³ PIRSIG, Robert. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas*, p. 102.

¹¹⁴ HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. “Victims, victimization and criminal justice”. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*, p. 484: “Restorative justice, more than any other initiative since the establishment of the modern criminal justice system, has the power to reinstate the victim centre stage with the offender”.

¹¹⁵ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*, p. 78.

discriminatórios constitutivos, expressões do discurso punitivo, trazendo de volta à pauta a profunda humanidade presente na complexidade dos conflitos. Observa-se apenas, novamente, que se não pode aprisionar a premissa a essa ou aquela denominação, que poderá ou não corresponder às práticas hoje denominadas restaurativas.

Considerando que a legitimação discursiva da violência exercida contra o “outro desumanizado” é componente dos discursos que sustentam o “poder punitivo”, pode-se dizer que trazer de volta os sujeitos envolvidos seria uma forma importante de limitação daquele. Mesmo situando a neutralização da vítima como o marco fundamental de surgimento do sistema penal estatal, HASSEMER pondera:

O Direito Processual Penal gira em torno da vítima real de um fato punível. Deve ser oferecido a ela mais proteção, deve ser concedido a ela mais direito de ação e participação. Ela deve ser libertada da sua posição impotente no processo formalizado, onde ela deve observar, sem chances consideráveis de intervenção, a discussão ‘sobre sua’ causa por outros e podendo ainda ser interrompida à força por estes outros em razão de uma colaboração, em que ela – em qualquer caso desta forma – não tem interesse regular. Em vez disso, a vítima deve poder tomar nas mãos ‘sua’ causa e entrar, mesmo sob uma certa fiscalização estatal, em mediação com o suspeito do ato, em que ambos os participantes diretos no conflito, em um processo de aprendizagem mútua, podem pôr em dia, tanto pessoalmente como também juridicamente, o problema deste fato punível.¹¹⁶

A proposta a ser esboçada não trata, como se verá, de excluir ou deslocar o Estado em prol da resolução privada dos conflitos, mesmo porque não é a sua presença – fundamental como instância de garantia – que está em questão. Nas falas colhidas nos estudos psicossociais aparece este ponto, por exemplo, quando a vítima afirma que espera por justiça porque “se fosse para eu mesmo fazer já teria feito” (NC: 322); “não quero vingança, quero justiça” (NC: 218); “jamais pensaram em vingança, esperam por Justiça” (NC: 415, 434). Similarmente, a crítica e o ceticismo em relação ao funcionamento do Poder Judiciário não significam o seu descarte, mas somente certo conformismo, sem que isso signifique motivação para a vingança privada (NC: 17, 21, 101, 244, 289, 329), ou simplesmente dizendo a vítima que “não acredita na justiça” e “deseja que o réu seja feliz” (NC: 38).

Há um conjunto consistente de pesquisas que contraria a aceção comum que idealiza nas vítimas de crime uma espécie de “gana punitiva” desprovida de

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 121.

racionalidade¹¹⁷. Em investigação conduzida pela Universidade de São Paulo junto a vítimas de violência doméstica, entre 2009 e 2010, concluiu-se que

não são sentimentos de vingança e desejos de maior punição que necessariamente emergem das falas e das representações das vítimas. Ao contrário, pelas entrevistas e observações realizadas junto às vítimas de crimes interpessoais, são, antes de tudo, *expectativas de proteção estatal, resolução do conflito e reparação* – material e moral, sem vinculação com o retributivismo clássico da pena de prisão – que podem ser identificadas nos seus discursos e nos posicionamentos assumidos no sistema de justiça criminal, quando e onde lhes foi possível manifestá-los.¹¹⁸

Parece evidente que a expectativa da vítima não pode ser reduzida *a priori* à vingança e tampouco à mera reparação do dano. Pode-se falar no anseio por uma “experiência de justiça” que pode até assumir a forma de um desejo de vingança, mas não necessariamente. Não há possibilidade de se definir “justiça” como algo “fora de nós”, mas somente como experiência pessoal, definida na verdade como experiência “da aspiração à justiça que nasce da experiência da injustiça ou do sofrimento dela decorrente”¹¹⁹. É indubitável que atos de agressão e violência podem criar e na maioria das vezes efetivamente criam uma relação de hostilidade entre autor e vítima. Não se advoga em nenhum sentido que reações emocionais pautadas pelo ódio ou pela raiva contra o ofensor sejam simplesmente suprimidas, etampouco adotadas como diretrizes para a elaboração de medidas de reparação. A premissa é que tais emoções devem ser toleradas e compreendidas, mas também extravasadas, e esclarecidas se potencialmente destrutivas e corrosivas das relações interpessoais¹²⁰. Vide caso de réu, policial militar, questionado sobre o que seria “justiça” para ele, respondendo apenas o que consegue definir como uma experiência de injustiça: “eu cometi uma injustiça, como definir? Não consigo” (NC: 10). A família da vítima afirmou sentir “medo e raiva” do acusado.

A hipótese de uma “experiência de justiça” (como censura) sem a necessidade de imposição de sofrimento físico é a mesma que resgata a dimensão humana e

¹¹⁷ Sobre, v. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 182. Há vasta bibliografia nesse sentido citada em BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 148, também CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 93, citando BOERS, Klaus; SESSAR, Klaus. “Do people really want punishment? On the relationship between acceptance of restitution, needs for punishment and fear of crime”. *Developments in Crime and Crime Control. German Studies on Victims, Offenders and the Public*. New York: Springer, 1991.

¹¹⁸ ALVAREZ, Marcos César *et al.* “A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 286.

¹¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. “L’idea di giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia”. MARTINI, Carlo Maria; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *La domanda di giustizia*, p. 16: “dell’aspirazione alla giustizia che nasce dall’esperienza dell’ingiustizia e dal dolore che ne deriva”.

¹²⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 16.

interpessoal inerente à artificial noção de crime¹²¹, que torna a ser a violação de direitos, e direitos de “alguém”, mesmo quando impossível sua individualização. Esse é um debate travado no âmbito tanto da criminologia crítica e radical¹²² como de autores abolicionistas como Louk HULSMAN, o qual destaca a heterogeneidade de condutas absolutamente distintas entre si, mas que se equiparam formalmente como tipo penal¹²³, e Nils CHRISTIE, segundo quem:

O crime não existe. Apenas atos existem, atos em regra com diferentes significados em contextos sociais variados. Atos, e o significado a eles atribuído, são nosso dado. Nosso desafio é seguir o destino dos atos através do universo de significados. Particularmente, quais são as condições sociais que encorajam ou prevêm a atribuição de um significado criminal aos atos?¹²⁴

Redefinir o conceito de “crime” como uma violação de direitos individuais e relações interpessoais conduziria à maximização das possibilidades de participação ativa dos envolvidos. Não se trata de excluir toda e qualquer intervenção do Estado, mas sim de retirar seu lugar de “vítima primária”. A crítica de HULSMAN é pertinente, nesse sentido, ao destacar o sistema formal de justiça penal como uma organização cultural e social de caráter constitutivo, no que tange à redução do caso em tela em diversos sentidos, “reconstruindo” a realidade:

Produz uma construção da realidade a partir de um episódio, precisamente definido no espaço e no tempo, imobiliza a ação naquele momento e se volta para uma pessoa, como indivíduo, a quem pode atribuir o comportamento (a causalidade) e a culpa por tal episódio. (...) a organização cultural da justiça criminal cria ‘indivíduos fictícios’ e uma interação ‘fictícia’ entre eles.¹²⁵

Há, certamente, situações em que o alcance desse tipo de prática poderá ser considerado impossível, à primeira vista, ou se dará contando com imensos desafios. Mas não serão esses necessariamente aqueles institucionalmente definidos como “mais

¹²¹ HULSMAN, Louk. “Critical criminology and the concept of crime”. *Contemporary crises*, 10:1. Netherlands: Martinus N., 1986, p. 63-80.

¹²² Sobre, v. SCHWENDINGER, Julia; SCHWENDINGER, Herman. “Defensores da ordem ou guardiões dos direitos humanos?”. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*, p. 135-176.

¹²³ HULSMAN, Louk. “Critical criminology and the concept of crime”. *Contemporary crises*, 10:1. Netherlands: Martinus N., 1986, p. 63-80; e também: HULSMAN, Louk. “Alternativas à Justiça Criminal”. PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*, p. 68: defende o autor que cada “área problemática” merece uma reflexão própria e uma redefinição dos mecanismos de intervenção, sendo descabido e inadequado querer tratar “todas as situações criminosas” como iguais.

¹²⁴ CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*, p. 3: “Crime does not exist. Only acts exist, acts often given different meanings within various social frameworks. Acts, and the meaning given them, are our data. Our challenge is to follow the destiny of acts through the universe of meanings. Particularly, what are the social conditions that encourage or prevent giving the acts the meaning of being crime?”.

¹²⁵ HULSMAN, Louk. “Alternativas à Justiça Criminal”. PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*, p. 45.

graves”, e sim aqueles em que a hostilidade ou o medo entre os envolvidos têm grau tão intenso a ponto de impedir qualquer tentativa de estabelecimento de diálogo, como, dentre as falas colhidas, em caso violento envolvendo homicídio por conta de dívidas relativas ao tráfico de drogas, no qual ninguém compareceu à entrevista (NC: 225), ou quando há a identificação de rivalidade entre “facções” organizadas (NC: 89), muitas vezes envolvendo grande temor por parte das vítimas (por exemplo, NC: 126, 184, 207, 228, 230, 265, 340, 395, 475, 484).

Na maioria dos casos, porém, inclusive dentre os estudos psicossociais em tela, há diversas situações que fazem emergir a questão sobre o que *poderia* ocorrer caso houvesse a abertura de algum espaço à mediação. Desde logo, há muito a se falar e ouvir no caso de acidentes de trânsito, não se adentrando, aqui, na questão sobre seu enquadramento, em cada caso concreto, como crime doloso ou culposo. Na medida em que o recorte dos estudos psicossociais não passa pelas varas especializadas em delitos de trânsito, só se tem acesso àqueles que foram definidos como crimes dolosos contra a vida e foram julgados pelo Tribunal do Júri. Em caso no qual o condutor estava alcoolizado e houve a morte de uma criança de dez anos, a família, profundamente traumatizada, espera a condenação “porque o réu estava bêbado” e destaca nunca terem sido procurados pelo acusado (NC: 324). Em outro acidente que produziu diversos traumas às vítimas e a morte da mãe, sendo sobreviventes marido e filha pequena, os familiares também enfatizam nunca terem tido contato com o réu e que nem o pretendem, pois “em nenhum momento foram procurados por ele”. No que tange à expectativa de julgamento, o marido da vítima afirma desejar “o cárcere para o causador do acidente, acredita que isso seria a justiça” (NC: 331). A menção, pelas vítimas, de nunca terem sido procuradas aparece outras vezes (NC: 78, 202, 230, 279, 303, 306, 350, 383, 482).

Já em outro caso houve o encontro espontâneo entre familiares de réu e vítima, tendo a mãe do acusado afirmado que o acidente foi “a pior coisa que aconteceu” em sua vida e “pediu perdão” à mãe da vítima, a qual disse não sentir “amargura nem mágoa”. Segundo a mãe do réu, “depois desse dia sentiu-se melhor, mais aliviada” (NC: 338). Ou ainda, a vítima narra ter sido procurada pela mãe do réu, a qual se ofereceu para custear as despesas médicas, afirmando em seguida simplesmente “não ter expectativas” frente ao julgamento (NC: 460).

E o que dizer de situação em que o réu, que havia fugido do local do acidente, afirmou não ter comparecido ao hospital nem procurado as vítimas sobreviventes por

medo de suas reações, enquanto uma delas diz sentir “mágoa e revolta” por nunca ter sido procurada, “só depois de cinco anos, antes de uma audiência” (NC: 203)? Da mesma forma, de caso em que o réu afirma que procurou localizar familiares da vítima, mas sentiu medo (NC: 430)?

A potencialidade latente e não explorada do diálogo aparece em outros casos que merecem menção. Primeiro, familiar vitimizado desabafa: “espero por justiça, porque os filhos dele têm ele no Natal, no dia dos pais, no aniversário. Depois que ele morreu, eu e meus filhos não sabemos o que é lazer, final de semana, férias”, enquanto o acusado se revelou, na entrevista, arrependido, dizendo-se “inconformado” porque nunca teve “uma ponta de motivo para fazer o que fez” (NC: 93).

Segundo, a viúva vitimizada afirma desejar a condenação do réu “para aliviar sua dor”, dizendo: “Eu quero que ele sofra muito, como eu sofro até hoje” (NC: 125). Sobre o mesmo fato, em entrevista separada, o réu vincula o fato ao assassinato brutal de seu pai, anos antes, afirmando ter ficado com medo, “achei que fosse acontecer a mesma coisa comigo”, mesmo sem conhecer a vítima. Ele mesmo, o réu, disse que espera justiça e que “se eu merecer ser preso, não tem problema nenhum” (NC: 125).

Terceiro, o réu afirma se sentir “culpado e muito arrependido”, mas familiares da vítima se queixam de nunca terem sido procuradas por ele, defendendo que ele “pague pelo que fez” (NC: 197).

Quarto, o acusado, que é policial militar, afirma ter descoberto que a vítima tinha uma filha e “pensou” em oferecer algum tipo de auxílio, mas “ficou com medo, não sabia qual seria a reação dos familiares dela” (NC: 198).

Quinto, a irmã da vítima que afirma “não condenar” o réu, que é policial militar, por ter atirado, mas o condena “pela atitude de não assumir o seu erro”, referindo-se ao fato de nunca terem sido procurados por ele (NC: 350).

Sexto, em outro caso no qual o réu é policial militar, e que acabou sendo absolvido, narrando ter sofrido muito pelo constrangimento do processo. Mas o pai da vítima se afirma indignado e que “faz quinze anos que quer falar”, que “clama por justiça”, “uma raiva tão grande que dá vontade de fazer como o Bin Laden, matar tudo” (NC: 266). Mais uma vez, não há como ter acesso ao caso concreto e suas provas, mas a constatação fundamental está presente: “faz quinze anos que quer falar”...

Sétimo, de um lado, familiares das vítimas querem a punição como justiça: a irmã afirmou “jogar todos os planos para o futuro, pois antes querem o julgamento”, não se conformando “que o responsável por esse crime esteja solto nas ruas, usufruindo

de conforto e dinheiro que não é dele”. Afirmam ainda sentir muito medo do réu. A viúva da vítima se disse revoltada porque “a vida dele seguiu normalmente, ele está solto, a minha não”. No julgamento, a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a 20 anos. Não se pode afirmar, com qualquer grau de certeza, que práticas de mediação conduziram à transformação radical de tais concepções, porém é certo que as representações de justiça e censura, por parte dos familiares da vítima, tomam por pressuposto elementos que não estão presentes na forma como o réu e sua família se apresentaram voluntariamente à entrevista. O “responsável por esse crime”, termo usado pela irmã da vítima, não tem nome, não tem história, não tem nada: é uma abstração. Não é o réu que compareceu à entrevista e, chorando muito, afirmou-se arrependido e “atormentado, pois não pode fazer planos para o futuro” (NC: 205).

Oitavo, tem-se fato com consequências drásticas na vida do réu, com forte sentimento de culpa, e que vem a se tornar dependente de álcool e tentar suicídio por três vezes. O filho da vítima não sabe disso – o sistema penal não precisa que ele saiba para operar – e defende expressamente a ideia que, se não houver condenação, “ele não sofrerá nenhuma consequência do ato”... (NC: 199)

São alguns dos casos, e há tantos. Em três situações, as mães das vítimas se solidarizam às mães dos acusados tendo em vista experiências pretéritas de encarceramento do próprio filho: não desejam a prisão do réu porque “eu sei o que é isso, já tive um filho preso” (NC: 367, igual NC: 280, e NC: 461). Se a experiência pessoal muda a própria percepção de justiça e amplia o sentido de alteridade, é de se perguntar: não se está perdendo algo, pelo caminho? Quiçá, o que há de mais relevante? E esses rasgos de profunda humanidade que não interessam ao juízo de reprovabilidade, ao sistema de imputação, ao acerto do caso penal? Em todos esses casos que são, por evidente, meramente exemplificativos e, repita-se, não têm o condão de conduzir a qualquer tipo de conclusão universalizante, o que se instala é a dúvida, a interrogação. O que ocorreria caso houvesse um espaço organizado e articulado de diálogo e participação ativa?

Por fim, é de se notar que, dentre os casos inseridos no grupo em que as vítimas ou seus familiares não teriam expresso uma expectativa de punição ou castigo ao acusado, há uma proporção significativa de conflitos entre familiares ou conhecidos, incluindo muitos casos de violência doméstica contra a mulher, os quais têm a peculiaridade de sobrepor e confundir, em muitas ocasiões, lugares de proximidade

tanto ao réu como à vítima¹²⁶. BRAITHWAITE é um dos que defendem que a família pode trazer um “modelo ideal” de experimentação de formas de censura não estigmatizantes, mas reintegradoras¹²⁷, o que será tratado mais adiante. No mesmo sentido, no que tange à responsabilidade do autor em relação ao dano causado, a hipótese é que a participação ativa das pessoas próximas e de confiança dos sujeitos envolvidos, nas práticas restaurativas em geral, é capaz de produzir um tipo de censura não destrutiva. Vide o caso em que o acusado vincula seu arrependimento ao fato de sua família ter ficado “decepcionada”, o filho mais velho ter se dito envergonhado e apresentado problemas no rendimento escolar, e assim por diante (NC: 59). Similar, o condenado a 15 anos de reclusão afirmando que “recebeu apoio da família, mas não a aprovação de seu ato” (NC: 147). Há, em tais casos, experiências pretéritas entre os sujeitos criminalizados e vitimizados que obstaculizam o processo de abstração e desumanização levado a cabo a partir da persecução do delito.

O que emerge é a inmensurável complexidade da vida e das relações humanas. De um lado, há situações em que o uso da violência se afigura como desproporcional no contexto do conflito em tela: como a tentativa de homicídio do amigo que não devolveu a bicicleta emprestada e que hoje “não guarda rancor” (NC: 88); a tentativa de homicídio do vizinho que “debochava dele” (NC: 379); ou ainda a tentativa de homicídio do amigo de infância que caçoava das orelhas de abano do réu, sendo que a vítima afirma hoje ter amadurecido, que “não goza mais das pessoas” e que já “perdoou esse moleque” (NC: 99). Houve condenação à pena privativa de liberdade em regime aberto no caso da bicicleta e absolvição nos outros dois.

De outro lado, porém, há situações em que a redução da expectativa pela punição se vincula a um “histórico problemático” de vida da vítima (por exemplo, NC: 39, 63, 109, 174, 269), e nesse ponto o comportamento do júri popular costuma ser imprevisível. Houve, dentre os casos analisados, uma filha que matou o pai violento, com o apoio da mãe, mas foi condenada (NC: 288), enquanto policial militar que matou o irmão que estava “traficando, cometia furtos, incomodava a vizinhança”, e segundo a família já estaria se “auto-punindo” todos os dias, foi absolvido (NC: 414), assim como houve absolvição em outras situações em que a vítima tinha vários antecedentes criminais ou estava ameaçando a família do réu (NC: 24, 298).

¹²⁶ Apenas no grupo em que se reuniu perspectivas “não punitivas” das vítimas ou familiares, são 26 casos que envolvem familiares, casais, amigos ou vizinhos (Números de Controle: 3, 30, 31, 39, 63, 88, 99, 132, 143, 174, 186, 188, 206, 219, 221, 232, 248, 258, 260, 288, 289, 337, 379, 414, 424, 473).

¹²⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*, p. 56.

Os crimes cometidos por policiais militares ou agentes do sistema penal merecem uma observação à parte: a leitura crítico-criminológica dos “crimes de Estado” toma o fenômeno como institucional, não residual e se afasta, portanto, da tendência a classificar como “maçãs podres” aqueles profissionais que vêm a ser definidos como “desviantes”, culminando na proposição de profundas reformas e transformações nessas instituições.

De um lado, há traços do racismo institucional que pauta a atuação policial; de outro, tomando o caso concreto sob o prisma dos sujeitos criminalizados e vitimizados, o que se tem são as mesmas posturas e sentimentos. Vide situação em que o réu policial militar se diz muito envergonhado com a denúncia (“a pessoa ali descrita não sou eu”). Embora réu confesso, foi absolvido. Familiares das vítimas esperavam a condenação, embora não acreditassem nela, e acreditam que seu parente foi morto “por ser o neguinho da turma e morar em área de invasão” (NC: 336). Também a mãe de outra vítima de policial militar diz que o perdoa, por não ter havido intenção, mas acredita que o réu tenha disparado “por racismo, porque meu filho tinha a pele mais escura que o bandido” (NC: 350).

Em prisma panorâmico, retornando à categorização outrora abandonada, verifica-se um número proporcionalmente muito maior de absolvições, pelo júri popular, quando a vítima ou seus familiares não expressam um desejo manifesto pela punição. Em vários casos, inclusive, sendo o réu confesso. Sem computar os processos em que não houve julgamento, tendo havido a declaração de extinção da punibilidade pelo decurso do prazo prescricional ou pela morte do réu, nota-se que mais da metade dos restantes resultou em absolvição ou desclassificação do delito pelo júri popular¹²⁸. Esse tipo de postura abre também novas questões justamente sobre a dimensão simbólica, comunicativa ou expressiva das práticas de censura e sua vinculação à participação dos envolvidos.

Os capítulos seguintes articulam teoreticamente diversos pontos que já apareceram nas “falas” dos sujeitos entrevistados nos estudos psicossociais, tomando-se a representação social de pena, censura, punição, como algo a ser desconstruído e explicitado em sua complexidade. Abrir-se-ão caminhos, assim, para a demarcação

¹²⁸ Absolvição ou desclassificação: 29 casos (Números de Controle: 3, 17, 24, 31, 38, 39, 60, 63, 99, 100, 132, 146, 184, 186, 188, 189, 248, 258, 273, 289, 309, 338, 350, 352, 367, 373, 379, 414, 450); Condenação: 20 casos (Números de Controle: 30, 88, 206, 337, 424, 461 - em regime aberto; 109, 129, 138, 191, 219, 232, 272, 288, 329, 413, 456, 467, 473 - em regime semiaberto ou fechado; 150 - sem informação sobre a pena aplicada); Extinção da punibilidade: 10 casos (Números de Controle: 143, 174, 183, 197, 260, 463, 469, 221, 312, 460).

entre censura e pena a partir do resgate da participação ativa dos sujeitos do conflito em sua compreensão e elaboração.

CAPÍTULO 2

PENA

2.1. O criminoso merece sofrer? Ainda sobre a racionalização da pena e sua justificação retributiva

Os variados caminhos tomados pelas justificações normativas da pena foram brilhantemente sistematizados por BARATTA¹²⁹ quando agrupou-os em dois horizontes possíveis, conforme seja a primazia dada à idéia de justiça ou àquela de utilidade. Respectivamente, tratam-se das teorias absolutas e relativas, seguindo denominação comum na reflexão européia-continental, ou do debate entre retribuição e prevenção, termos mais frequentes na reflexão penológica anglo-saxã.

Nota-se que o discurso hegemônico no âmbito do penalismo moderno é eminentemente utilitarista e reduz a preocupação com questões de justiça estritamente à forma do princípio da proporcionalidade, especialmente no momento de aplicação judicial da pena – proporcionalidade que logo se esvai, ressalva-se, na flexibilidade que caracteriza a execução da pena privativa de liberdade. Reconhece-se a pena como um mal, porém voltado à realização de um bem em seus escopos de utilidade e efeitos de prevenção¹³⁰. Da prevalência de finalidades preventivas à consolidação histórica da execução da pena privativa de liberdade de modo desvinculado da coisa julgada, pois dinâmica e flexível segundo critérios de ordem disciplinar, o que se vê é o afastamento da reflexão sobre o “conteúdo moral da reprovação” ou da pena como “justiça”.

Para GARLAND, a punição como objeto de estudo é um conjunto complexo de processos e instituições interligadas, nunca um objeto ou evento uniforme e insuscetível de redução a um singular significado ou objetivo¹³¹. De todo modo, o conceito de pena quase sempre gira em torno à ideia de “privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”¹³², podendo seguir uma de três linhas de

¹²⁹ BARATTA, Alessandro. “Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena”. *Dei delitti e delle pene*, v. 2, Bari: Ed. Scientifiche Italiane, 1985, p. 247-268.

¹³⁰ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 194: “Portanto, admitindo que a imposição deliberada de sofrimento é um mal, o utilitarista defende que dois erros fazem um acerto. Não no sentido do segundo erro de algum modo anular o primeiro, mas no sentido de se atribuir ao segundo erro uma consequência que, nas circunstâncias, traria mais bem que mal”; no original: “Thus, admitting that the deliberate imposition of suffering is an evil, the utilitarian, in effect, claims that two wrongs may make a right. Not in the sense that the second wrong somehow annuls the first, but in the sense that the second wrong has as a consequence a state of affairs in which there is more good than evil”.

¹³¹ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*, p. 16-17.

¹³² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 873.

justificação: como restabelecimento da ordem da justiça, como salvação ou correção do réu ou como “defesa da sociedade”. Vale observar que medidas de segurança, para inimputáveis, e medidas socioeducativas, para adolescentes, podem e devem ter reconhecida sua dimensão propriamente punitiva sob o ponto de vista do impacto da medida, e não dos motivos que a sustentam¹³³ - observação que pode ser estendida, não sem problemas de natureza jurídico-constitucional, à prisão cautelar. *Sempre um mal*, portanto.

Sob um prisma sobretudo filosófico, o próprio conceito de pena parece se confundir com o de pena retributiva, na medida em que é definida como (a) imposição de um dano, ou seja, deve ser aflitiva; (b) de forma intencional; (c) esta intenção deve ser exatamente retribuir e reprovar um ato cometido; (d) de forma “autorizada” ou “oficial”¹³⁴.

Mas se o pensamento utilitarista que “funda” o direito penal moderno tende a impor, como premissa, o exaurimento desse tipo de discussão, pouco resta ao anseio de racionalização da pena, que significa justamente “expressar alguma coisa que se apresente como moralmente aceitável, no âmbito prático”¹³⁵. Nesse sentido, questionar e enfrentar seriamente os fundamentos da própria possibilidade – *a priori* – de punir parece fundamental para a compreensão e crítica da própria teoria do delito, e necessário para que se possa quiçá cogitar tratar de um outro modelo de censura.

¹³³ Nesse sentido FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*, p. 27-8: “Essa, então, é a matriz do debate: motivo versus impacto. (...). Um motivo de tratamento não é mais suficiente para se denominar uma sanção como tratamento ao invés de punição”; no original: “This, then, is the matrix of the debate: motive versus impact. (...). A motive to provide treatment no longer suffices to label a sanction as treatment instead of punishment”.

¹³⁴ BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 3-28. Similar, v. HART, Herbert. “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. *Punishment and responsibility*, p. 4-5.

¹³⁵ TAVARES, Juarez. “A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático”. ZILIO, J.; BOZZA, F. (org.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal*, p. 867. Vale ressaltar que esse tipo de pressuposição pode ser perigoso e equivocado. Um bom exemplo dos riscos desse tipo de postura, especialmente quando se põe de lado a preocupação com a proporcionalidade, em nome da prevenção, é o argumento do membro da Suprema Corte norte-americana, Antonin Scalia, em *Ewing v. California*, 583, U.S. 11 (2003), segundo o qual a pena de 25 anos por roubo de três clubes de golfe não seria desproporcional porque a proporcionalidade é um conceito retributivo e a retribuição não seria um princípio político-criminal adotado nos EUA; cf. TONRY, Michael. “Introduction. Thinking about punishment”. TONRY, Michael (ed.). *Why Punish? How much? A Reader on Punishment*, p. 30. Argumento absolutamente equivocado, entretanto, na medida em que preocupações com a proporcionalidade não são estranhas às teorias utilitaristas, como por exemplo em Cèsare Beccaria e Jeremy Bentham.

Sob a etiqueta “retribuição” ou “retributivismo” cabem, certamente, muitíssimas definições, não sendo possível reduzir o conceito a uma definição unívoca¹³⁶. O que justificaria, afinal, a inflicção intencional do mal com o propósito, justamente, de fazer o mal, mesmo se através disso se visar um bem? A questão é profunda e por demais complexa para poder ser compreendida, em toda sua densidade, com a formação proporcionada pelo ensino jurídico, o que para muitos tem por consequência, por exemplo, a adoção de teorias ditas “mistas” ou ecléticas envolvendo pressupostos filosóficos que são incompatíveis entre si¹³⁷.

Ocorre que as teorias utilitaristas e unitárias não adentram efetivamente no debate sobre a justificação retributiva da pena, supondo-a, simplesmente, como expressão de uma “vingança sem sentido” ou de uma frágil vinculação entre culpa e castigo. Uma primeira linha de abordagem das teorias retributivas remonta exatamente à filosofia idealista ocidental de base kantiana; em segundo lugar, há a emergência do neorretribucionismo na segunda metade do século XX, que embora com os mesmos fundamentos confere maior ênfase à ideia de “merecimento”; e por fim, pode-se situar em apartado, como um terceiro grupo, as teorias expressivas ou denunciatórias da pena.

É fundamental, em todo caso, diferenciar dois momentos distintos para o debate: um concernente à justificação da instituição política da pena, *em abstrato*, e outro relativo à aplicação da pena no caso concreto. Nesse sentido a crítica de DOLINKO, diferenciando a questão da justificação racional (“por que punir?”) e aquela da justificação moral (“por que é moral punir neste caso?”) da pena, dizendo respeito, respectivamente, aos retributivistas “fortes” e “fracos” (no original, *bold* e *modest*)¹³⁸. Segundo o autor, embora as premissas sejam de fato diferentes, o fato de o Estado ou “a sociedade” arrogarem para si o “direito” de punir malfeitores é enfraquecido se o mesmo Estado não premia benfeitores, pois o conceito de merecimento deveria servir também nessa acepção. Não havendo razão para tal escolha, DOLINKO considera o

¹³⁶Sobre, v. DOLINKO, David. “Some thoughts about retributivism”. *Ethics*, v. 101, n. 3, The University of Chicago Press: 1991, p. 537-559; e ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997, p. 13-25..

¹³⁷ Para BERINSTAIN, nesse sentido, o ecletismo é a “enfermidade” da legislação penal contemporânea ; cf. BERINSTAIN, Antonio. *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, p. 14, fazendo a crítica ao ensino jurídico cf. *Idem*, p. 7. Em sentido similar, entendendo ausente um princípio de harmonização entre elementos contrapostos, v. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, p. 12. Sobre a “fragmentação das teorias da pena”, v. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*, p. 122 e ss.: “A opção por teorias unificadoras ou polifuncionais, que inclusive caracteriza grande parte das reformas legislativas do final do século passado, é uma das heranças modernas de crença fundamentalista nas metanarrativas e nos sistemas integrais”; e BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 775 e ss.

¹³⁸ DOLINKO, David. “Some thoughts about retributivism”. *Ethics*, v. 101, n. 3, p. 542.

“retributivismo forte” (*bold*) uma teoria “implausível”, restando apenas o “retributivismo fraco ou modesto”. Este, porém, acabará admitindo a justificação da pena em abstrato por meio de escopos preventivos, como a prevenção geral negativa, reservando o prisma retributivista apenas para dizer que *este* particular indivíduo *merece* moralmente a punição no caso concreto¹³⁹, tornando-se mais uma forma de teoria mista. O que se perceberá, enfim, é que nenhuma teoria retributiva dá conta de responder com consistência às demandas decorrentes desses dois momentos de justificação.

A concepção de justiça, em Immanuel KANT, bem como sua distinção entre direito positivo e obrigação moral, fogem do terreno empírico para serem buscados na “razão pura”: é por ela que devem os sujeitos agir e interagir, tratando-se o delito de uma forma de inversão do dever moral fundado na obrigação de reciprocidade. A pena justifica-se por si mesma, como imperativo categórico, inevitavelmente conexa à violação de um dever universal, e assim sem possibilidade de ser substituída, independentemente de suas consequências:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre a ser ele infligida somente porque *ele cometeu um crime*, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso (...).¹⁴⁰

Como se vê, a justificação kantiana da pena, definindo-a como um fim em si mesma, reside em uma dimensão ideal. A limitação da liberdade pode ser justificada apenas pela própria liberdade, jamais pela via da utilidade. Seria inadmissível, portanto, relativizar o dever de cumprimento da obrigação moral com base em algo como o princípio da “máxima felicidade”. Sob outro aspecto, tratou-se da laicização da sempre presente concepção teológica de expiação:

A teoria penal de Kant constitui a tentativa mais poderosa de laicização da antiga concepção teológica retributiva. Kant irá ‘importar’ ao direito positivo laico essa representação teológica da justiça, decantando-a de seus aspectos explicitamente religiosos, a fim de torná-la racional e puramente ‘humana’.¹⁴¹

¹³⁹ DOLINKO, David. “Some thoughts about retributivism”. *Ethics*, v. 101, n. 3, p. 543.

¹⁴⁰ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, p. 174-175.

¹⁴¹ PIRES, Alvaro. “Kant face à la justice criminelle”. PIRES, Alvaro; DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel (org.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II*, p. 29: “La théorie pénale de Kant constitue la tentative la plus poussée de laïcisation de l’ancienne conception théologique rétributive. Kant va ‘importer’ dans le droit positif laïque cette représentation théologique de la justice, tout en la décantant de ses aspects explicitement religieux, afin de la rendre rationnelle et purement ‘humaine’”.

Importante notar, porém, que KANT não negou ou rejeitou que a pena, em sua concretização na realidade, e não na dimensão ideal na qual constrói sua filosofia, poderia exercer uma função “exemplar” aos demais: a diferença é que essa nunca foi aceita pelo filósofo como justificativa primeira para a instituição política da pena¹⁴², mas somente como um legítimo efeito colateral de sua aplicação. Foi esse o ponto de partida da teoria da coação psicológica, de Paul Johan Anselm Ritter Von FEUERBACH¹⁴³, relendo KANT mas ancorando-se na ameaça contida na lei penal. Embora a pena em concreto seja retributiva, para FEUERBACH, o sentido da existência do direito penal seria a “defesa do Estado” por meio da intimidação. No final das contas, como nota MIRANDA RODRIGUES¹⁴⁴, a diferença entre eles é a distinção básica entre as teorias absolutas e relativas: para FEUERBACH, a definição do *quantum* de pena pela retribuição limita-se à aplicação ao caso concreto, enquanto na teoria de KANT essaseria a justificativa geral da punição.

Já com Georg W. F. HEGEL, a pena é justificada pela ideia de anulação lógica da violação do direito, restaurando-o, como “violência que suprime a primeira” (violência), ou seja, o crime¹⁴⁵. Em suas palavras:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real: a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (...). A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito.¹⁴⁶

Nota-se que há também em HEGEL a visualização de uma essência na pena, condição fundamental para que se possa admiti-la como espécie de representação compensatória pelo crime e, ainda, como um direito do próprio punido, pois única forma de honrá-lo como ser humano. A pena como negação da negação e direito do

¹⁴² CLARKE, Dean. “Justifications for punishment”. *Contemporary Crises*, 6:1, 1982, p. 34; PIRES, Alvaro. “Kant face à la justice criminelle”. PIRES, Alvaro; DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel (org.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II*, p. 34. Alguns afirmam que KANT também teria as consequências como parâmetro para sua filosofia moral, v. STUART MILL, John. *Utilitarianism*, p. 52. Nunca, de todo modo, tais “consequências benéficas” foram por KANT vinculadas a um ideal de utilidade.

¹⁴³ FEUERBACH, Paul Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

¹⁴⁴ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, p. 170.

¹⁴⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 84-85.

¹⁴⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 87-89.

punido faz parte, porém, da reflexão hegeliana sobre o direito abstrato, na primeira parte de sua filosofia, esgotando-se por tal motivo o conceito de pena em seu caráter (estritamente lógico) de retorsão ao crime, mas sem se preocupar com o momento quantitativo concernente à sua aplicação no caso concreto e com suas finalidades. Por isso é que, não obstante conhecida como teoria da “retribuição jurídica”, para muitos a perspectiva de HEGEL pode ser reconduzida a um escopo de reforma do indivíduo, absolutamente distinta, frise-se, do projeto correcionalista.

A crítica à leitura comum de HEGEL é que se não pode ignorar que quando ele tratou do conteúdo concreto da punição e suas finalidades, incluiu outros conceitos como perigosidade, danosidade e emenda do indivíduo¹⁴⁷, variáveis em função da realidade social. Nesse sentido opina BEAN expressamente que HEGEL não defendeu uma teoria retributiva, mas reformista no específico sentido de reforma através da pena:

Ao contrário dos retributivistas, Hegel deseja infligir dor à pessoa para o seu próprio bem, e visualiza a punição como uma honra, não uma desgraça. Ele se importa ainda se o ofensor pode ou irá fazer o bem no futuro. Diferentemente, os retributivistas não desejam a melhora do criminoso ou da sociedade.¹⁴⁸

A conhecida crítica de HEGEL à teoria de FEUERBACH, portanto, segundo a qual este último trata o homem como um cão “ameaçado por um pau”, desrespeitando-o em sua dignidade, expressa apenas sua rejeição do escopo de intimidação pela ameaça ou exemplo. A teoria da pena de Günther JAKOBS, por sua vez, embora conhecida como teoria preventiva geral positiva, pode ser lida, segundo o próprio autor, como uma “versão contemporânea” daquela de HEGEL, especialmente quando fundamenta a pena estritamente como expressão comunicativa de “marginalização do significado do fato” a fim de reconfirmar a realidade normativa violada¹⁴⁹.

Todavia, a crítica jurídica às versões clássicas da teoria da retribuição é, em regra, insatisfatória. Vide, por exemplo, as três razões apontadas por ROXIN para a

¹⁴⁷ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, p. 173-175.

¹⁴⁸ BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 52: “Unlike the retributivists, Hegel wishes to inflict pain on a person for his ultimate good, and he sees punishment as an honour, not a disgrace. He also cares whether the offender can or will do good in the future. In contrast, retributivists do not wish to improve the criminal or society”. No mesmo sentido, RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 78: “uma emenda moral travestida de medida repressiva de natureza legal”. No original: “un’emenda morale travestita da misura repressiva di natura legale”.

¹⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, p. 21-27. Também quando JAKOBS insiste na necessidade de se considerar o punido como pessoa, na medida em que o delito violaria o direito dos demais mas também a ele próprio (*Ibidem*, p. 24): nesse sentido coloca a vinculação a uma identidade normativa comum como critério distintivo entre cidadão e inimigo, e a reação a este último como fora do âmbito do direito penal.

inadmissibilidade da pena como retributiva¹⁵⁰: (a) pressupor-se-ia a necessidade da punição, não servindo a culpa como princípio limitativo do poder de punir do Estado, mas sim como uma “carta em branco” ao legislador; (b) pressupor-se-ia a liberdade de vontade, que é indemonstrável e (c) sustentando-se sobre a idéia de compensação do mal por outro mal, adotaria por base um mero ato de fé e reforçaria impulsos de vingança.

No entanto, é equivocado afirmar, ao menos genericamente, que a perspectiva retributiva não está preocupada em justificar a necessidade da pena; na verdade, é justamente o que ela busca fazer. Em relação à indemonstrabilidade do livre arbítrio do sujeito, vale anotar, por ora, que este é um dilema igualmente presente nas teorias prevencionistas modernas, a não ser que se adote um modelo de sujeito determinado estranho ao próprio arcabouço dogmático da teoria do delito. Dizer, por fim, que o retributivismo leva a penas cruéis ou que se vincula necessariamente a impulsos de vingança indica uma visão estereotipada dele, na medida em que se “não defende penas cruéis, e sim justas, isto é, proporcionais ao delito”¹⁵¹. A “acusação” sobre a indeterminação das consequências, aliás, parece bem mais consistente quando dirigida às formas de pena assumidas no utilitarismo e seus escopos preventivos.

Não se pode, enfim, rejeitar a teoria retributiva simplesmente porque ela é retributiva e não utilitarista¹⁵², ou seja, apelar à racionalidade supondo “que a única racionalidade possível é de natureza consequencialista”¹⁵³. No “exemplo da ilha”, KANT defende a execução do último assassino de uma determinada sociedade mesmo não tendo, tal pena, qualquer utilidade:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.¹⁵⁴

Eis a pena, portanto, como imperativo categórico. Questiona Luís GRECO o teor das críticas frequentemente realizadas ao “exemplo da ilha”; segundo o autor, se

¹⁵⁰ ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 17-19.

¹⁵¹ GRECO, Luís. “A Ilha de Kant”. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*, p. 273.

¹⁵² MURPHY, Jeffrie. “Marxism and Retribution”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, p. 227.

¹⁵³ GRECO, Luís. “A Ilha de Kant”. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*, p. 271.

¹⁵⁴ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*, p. 176.

“ninguém ganha nada com a pena, ninguém perde nada sem ela, ao menos uma pessoa perde algo com ela”, só será considerado “justo” punir se a retribuição for compreendida como tendo um valor moral intrínseco¹⁵⁵, e não empiricamente controlável. É teoricamente problemático, portanto, contra-argumentar fazendo referência a uma ausência de base empírica¹⁵⁶.

Não obstante o prisma utilitarista tenha efetivamente caracterizado o pensamento penal na passagem entre os séculos XIX e XX, reduzindo o aspecto retributivo à aplicação da pena de modo proporcional à gravidade do delito, nota-se que no âmbito dos sistemas penais de matriz anglo-saxã houve, a partir da década de 60, um forte movimento neoretribucionista de resgate de teorias retributivistas, de variadas matizes e intenções políticas. Do lado conservador, viram-se novos movimentos em prol da pena de morte, dessa vez com base retributivista, a defesa do aumento da severidade das penas em geral e até quem defendesse o retorno a penas corporais¹⁵⁷. Sob perspectiva progressista, muitos autores passaram a rejeitar os modelos de “pena indeterminada” em prol de sistemas de “pena fixa”, mas reduzidas, defendendo a premissa de que somente com uma lógica retributiva seria possível atender às necessidades de proporcionalidade e limitação do *quantum* de pena¹⁵⁸.

Como ponto de partida, não se esquecendo tratar-se de um escopo tipicamente anglo-saxão, pode-se adotar a sistematização de ANDERSON em quatro princípios que podem ser considerados fundantes do retributivismo¹⁵⁹: (a) o princípio da “ação deliberada”, similar ao “princípio da culpabilidade”, segundo o qual punir o malfeitor resta justificado em sua própria responsabilidade e na impossibilidade de se justificar a ação, excluindo-se atos não intencionais ou praticados por pessoas sem a devida capacidade jurídica para tanto; (b) o princípio da proporcionalidade entre crime e pena, havendo, porém, profundas divergências sobre seus parâmetros; (c) o princípio da

¹⁵⁵ GRECO, Luís. “A Ilha de Kant”. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*, p. 269.

¹⁵⁶ É frágil, nesse sentido, o argumento que visa rejeitar as teorias absolutas da pena *porque* não comprovam seu “sucesso social real”, como se vê, entre outros, em STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, p. 15-16. No sentido da crítica, v. HIRST, Paul. “The concept of punishment”. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). *A Reader on Punishment*, p. 272.

¹⁵⁷ Por exemplo, v. VAN DEN HAAG, Ernest. *Punishing criminals: concerning a very old and painful question*. New York: Basic Books, 1975; MILLER, William Ian. *Eye for an Eye*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; NEWMAN, Graeme. *Just and Painful: a case for the corporal punishment of criminals*. London: MacMillan, 1983.

¹⁵⁸ Por exemplo, v. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

¹⁵⁹ ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997, p. 13-15

justiça inerente à pena, independentemente dos benefícios ou consequências, assumindo o punido como sujeito dotado de dignidade e racionalidade e por fim (d) o princípio da necessidade, segundo o qual a punição se torna obrigatória, sob pena de manutenção de uma situação de injustiça.

Similarmente, uma das mais importantes leituras contemporâneas da teoria retributiva da pena é aquela de MUNDLE, segundo quem ela se caracteriza por duas assertivas centrais, mas que não pressupõem uma à outra: (a) primeiro, que o fato de uma pessoa ter cometido uma ofensa moral é razão suficiente para que lhe seja imposto sofrimento; (b) segundo, que o *quantum* de sofrimento imposto deve ser proporcional à gravidade moral da ofensa. E em terceiro lugar, (c) uma “recomendação verbal” para que a pena seja aplicada somente nos casos em que esteja presente o merecimento¹⁶⁰. Haveria, segundo o filósofo, “uma” pena justa para cada caso, afirmando peremptoriamente a impossibilidade de se pensar algo como o princípio da proporcionalidade sob parâmetros utilitaristas¹⁶¹.

A ideia do justo merecimento está na base da teoria “da vantagem injusta” de Herbert MORRIS, fundada na reciprocidade, uma das propostas mais conhecidas e discutidas nas últimas décadas no horizonte do neoretribucionismo. Para MORRIS, quem comete um crime tem “direito a ser punido” porque apenas assim estaria sendo tratado como pessoa. Radicalmente contrário à concepção da pena como terapia, afirma que tal perspectiva animaliza o ser humano porque “não respeita suas escolhas”¹⁶². Já puni-lo pelo que fez significa respeitar sua autonomia, pois se pressupõe sua concordância com a pena tacitamente manifestada na violação do dever de respeito ao outro.

Todo ser humano teria, em sua perspectiva, a garantia de uma esfera de não-interferência como vedação da violência e da interferência de terceiros¹⁶³: o respeito mútuo de tal esfera garantiria benefícios mútuos a todos, decorrendo daí o dever de cada sujeito exercer sobre si o autocontrole para que se abstenha de qualquer tipo de

¹⁶⁰ MUNDLE, C. W. K. “Punishment and Desert”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. p. 71-72. Para referência na emergência das teorias neoretribucionistas com ênfase na ideia de merecimento, v. KLEINIG, John. *Punishment and Desert*. Martinus Nijhoff, NH: The Hague, 1973.

¹⁶¹ Afirmação rejeitada, evidentemente, pelos utilitaristas, destacando-se a preocupação específica em se definir parâmetros de proporcionalidade segundo uma lógica custo-benefício: alteram-se os preços (severidade da sanção), mudam os motivos, de acordo com RAWLS, que não era um utilitarista porém trouxe reflexões sobre a pena bastante próximas a esse horizonte; cf. RAWLS, John. “Two concepts of rules”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 114.

¹⁶² MORRIS, Herbert. “Persons and Punishment”. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*, p. 75.

¹⁶³ MORRIS, Herbert. “Persons and Punishment”. *Op.cit.*, p. 68.

conduta nesse sentido. São as por ele denominadas regras primárias para a convivência. Portanto, o não-exercício desta abstenção e o desrespeito à esfera de não-interferência de outrem significa obter uma “vantagem” em relação aos demais, que assumiram e respeitaram o compromisso. Em suas palavras:

Se uma pessoa falha no exercício de seu autocontrole mesmo podendo ceder diante de tais inclinações, ela renuncia a um dever que outros voluntariamente assumiram e, portanto, obtém uma vantagem que os demais, os quais controlaram a si mesmos, não possuem. Este sistema, portanto, é aquele em que as regras estabelecem uma reciprocidade entre benefícios e deveres e no qual os benefícios da não-interferência são condicionados à assunção de deveres¹⁶⁴.

A punição fica vinculada à violação das regras primárias de abstenção e justificada, assim, como reequilíbrio da balança entre benefícios e deveres, anulando a “vantagem injusta” obtida, na medida em que, a partir do momento da violação, o ofensor “deve algo” aos demais.

A teoria de MORRIS, porém, não resiste às críticas realizadas, em especial porque não indica um critério sobre quanta pena seria “merecida”, não podendo se presumir que a violação de qualquer norma cria um equivalente grau de desequilíbrio. Buscou-se responder a essa objeção dizendo que quanto maior o valor atribuído à esfera de não-interferência violada, mais severa seria a punição¹⁶⁵. Por outro lado, se o critério para tal valoração for o *quantum* de autocontrole suprimido no contexto do caso concreto, como quis MORRIS, sua teoria levaria à conclusão de que a vantagem injusta obtida em um homicídio seria menor que na sonegação de impostos, com uma correspondente (e inadmissível) pena menos severa, sob o argumento de que o ato de matar é “menos facilitado” e requer uma menor sonegação do autocontrole que o

¹⁶⁴ MORRIS, Herbert. “Persons and Punishment”. *Op.cit.*, p. 69: “If a person fails to exercise self-restraint even though he might have and gives in to such inclinations, he renounces a burden which others have voluntarily assumed and thus gains an advantage which others, who have restrained themselves, do not possess. This system, then, is one in which the rules establish a mutuality of benefit and burden and in which the benefits of noninterference are conditional upon the assumption of burdens”. Prossegue o autor: “Quem viola as regras tem algo que os outros têm – os benefícios do sistema – mas ao renunciar ao que os demais assumiram, o ônus do autocontrole, adquire uma vantagem injusta. (...). Outro modo de dizer é que ele deve algo aos demais, porque tem algo que não o pertence. A justiça – que é punir tais indivíduos – restaura o equilíbrio entre os benefícios e os ônus retirando do sujeito o que ele deve, ou seja, quitando a dívida”. No original: “A person who violates the rules has something others have – the benefits of the system – but by renouncing what others have assumed, the burdens of self-restraint, he has acquired an unfair advantage. (...) Another way of putting it is that he owes something to others, for he has something that does not rightfully belong to him. Justice – that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is, exacting the debt”. Observa, ainda, que a razão da não-punição de crianças e pessoas sem sanidade mental estaria justamente no caráter involuntário da violação e portanto na inexistência de uma efetiva renúncia ao ônus assumido por todos de não violar a esfera de não-interferência dos demais.

¹⁶⁵ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 204.

não pagamento de impostos, opção mais disponível, com menores resistências culturais e relativamente “atraente” para muitos.¹⁶⁶

O que se percebe é que não é preciso trilhar por uma racionalidade consequencialista para se fazer a crítica da justificação retributiva e expor as objeções às diversas respostas possíveis à pergunta sobre “por que” o criminoso “mereceria” a punição. Nesse ponto, a crítica incide sobre a pena como “imperativo categórico”, ou seja, sobre a atribuição de uma relação de necessariedade entre a pena e o cometimento de um delito. Desde logo, o retributivismo não questiona a definição legal estabelecida¹⁶⁷, fundando-se sobre o pressuposto que aceita, simplesmente, a regra dada e a violação desta como equivalente a uma ação “errada”. Afirmar, em segundo lugar, que para se ter direitos é preciso cumprir o dever de respeitar os mesmos direitos de outrem, e quando se os viola o ofensor estaria abrindo mão de seus próprios direitos, restando justificado que sofra sua redução ou privação por meio da pena, ignora que o nexó entre a violação de direitos de outrem e a perda dos próprios não é capaz de, por si só, justificar a inflicção da pena¹⁶⁸, justamente porque fundados em premissas distintas.

A constatação da fragilidade do discurso da retribuição segue com GRECO quando trata do “argumento da assimetria” na crítica ao “exemplo da ilha” de KANT¹⁶⁹. O argumento da assimetria parte da identificação de um aspecto negativo e outro positivo na pena retributiva: respectivamente, a proibição de punir o inocente e o dever de punir o culpado. Entre as duas dimensões, porém, haveria uma assimetria qualitativa, na medida em que é mais injusto punir um inocente do que não punir um culpado, o que põe em xeque a pena como retribuição na medida em que a lógica retributiva imporia somente um dever de abstenção (de punir inocentes), mas não geraria efetivamente o dever de agir consistente na punição dos culpados.

Outras duas linhas possíveis de crítica se referem, primeiramente, à ruptura do paradigma do sujeito e da filosofia da consciência, sobre os quais se funda a base da teoria da pena de KANT e consequentemente das teorias neoretribucionistas; e em segundo lugar, à crítica material com fulcro nas necessidades concretas do ser humano e as relações econômicas e sociais nas quais ele se encontra inserido.

¹⁶⁶ Sobre esse ponto, v. BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 209; DOLINKO, David. “Some thoughts about retributivism”. *Ethics*, v. 101, n. 3, p. 545; ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, p. 17.

¹⁶⁷ BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 15-17.

¹⁶⁸ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 198.

¹⁶⁹ GRECO, Luís. “A Ilha de Kant”. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*, p. 275-278.

Levar em conta a superação do paradigma do sujeito e da filosofia da consciência pela virada linguística implica rejeitar a possibilidade de se visualizar uma essência na pena, como se ela, “por si só”, pudesse ser “justa ou injusta” ou como se o mal do crime pudesse ser por ela “anulado”. Esse tipo de afirmação só é possível sob a égide da filosofia da consciência, sendo a razão centrada no sujeito, capaz de conhecer e dominar os objetos, estando a linguagem entre eles, adequando-se à modernidade e sua base antropocêntrica. Com seu esgotamento, entretanto, muda-se a própria forma de ver o mundo, substituindo-se as relações “sujeito-objeto” pelas da “linguagem-mundo” e se tornando a razão uma noção histórica, finita, temporal, compreendida apenas e pela linguagem, seja em sua acepção comunicativa, sistêmica ou hermenêutica¹⁷⁰.

Pensar em uma estrutura pela linguagem, aqui, é conceber a censura como um ato de comunicação, socialmente e linguisticamente construído, estruturado menos como certeza e mais pela noção de consenso argumentativo, pautado pela dialogicidade. Com a linguagem alçada ao pólo principal do ponto de vista epistemológico, e perdido qualquer referencial ontológico, é desde fora, desde o “Outro”, que se deve partir¹⁷¹.

Assim como as teorias neoretribucionistas pertencem especificamente ao contexto anglo-saxão, tomando a retribuição por princípio, é fundamental que a reflexão sobre um modelo possível de censura leve em conta a realidade política, econômica e social em que se insere. Sendo o caso de esboçar um modelo de censura fundado na linguagem, portanto, não poderá esta “tirar o pé” da realidade latino-americana de miséria e privação, de um lado, e arbítrio estatal, de outro. É preciso “compreender que a nossa gente não suporta uma ‘ética do discurso’, no mais das vezes, porque nada tem a

¹⁷⁰ Sobre esta variedade de abordagens, v. LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação*, p. 93.

¹⁷¹ Apenas indicando alguns pressupostos como pontos de partida: desde logo, a inexistência de um *elo* imanente entre significante e significado, como indicado por SAUSSURE: o princípio da arbitrariedade do signo expressa que o significante é imotivado em relação ao significado, não havendo nenhum laço *natural* entre eles constatável; cf. SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de lingüística geral*, p. 80-81: “O signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (empreinte) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho dos nossos sentidos; (...). Propomo-nos a conservar o termo signo para designar o total, e a substituir conceito e imagem acústica respectivamente por significado e significante; estes dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte”. A filosofia da linguagem indicará, com WITTGENSTEIN, que *a imagem da representação é a imagem que é descrita quando alguém descreve a sua representação*, cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 37-38 (§§ 40 e 43). E ainda, no § 432: “Todo signo, sozinho, parece morto. O que lhe confere vida? Ele está vivo no uso. Ele tem si o hálito da vida? Ou é o uso o seu hálito?” (Idem, p. 173). Logo, o significado de uma palavra ou frase é aferível pelo seu uso e aplicação na linguagem: “A palavra não tem significado algum quando nada lhe corresponde – É importante constatar que a palavra ‘significado’ é usada de um modo que vai contra a linguagem quando com ela se designa a coisa que ‘corresponde’ à palavra. (...). O significado de uma palavra é o seu uso na linguagem”, cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 157 (§367).

oferecer em sacrifício, nada tem a oferecer em uma *mesa de negociações* que não seja a sua *fome*; essa sim instintiva e não pulsional”¹⁷². Justamente nesse sentido a crítica material da retribuição constata que a “razão” não é igual a todos, como parece supor a teoria da vantagem injusta de Herbert MORRIS, e que não há condições ideais para uma ética do discurso.

A crítica material da retribuição explicita como todos os conceitos manejados, da reciprocidade às definições de justiça, do merecimento à “vantagem injusta”, não passam de abstrações ideais e cegas ao funcionamento real do sistema penal. Karl MARX, em uma das poucas vezes que escreveu expressamente sobre a questão penal, afirmou que “do ponto de vista do direito em abstrato, há apenas uma teoria da pena que reconhece a dignidade humana em abstrato, e se trata da teoria de Kant, especialmente na forma mais rígida dada por Hegel”¹⁷³. Em seguida, porém, reafirma como ilusória a substituição de “indivíduos concretos, com suas necessidades e complexas circunstâncias sociais, por seres abstratos que exercitam o livre arbítrio”¹⁷⁴, definindo tal abstração como uma mera “expressão metafísica do talião”, concluindo que, nos fatos, a punição não passaria de um meio de *defesa social* contra agressões às suas condições vitais.

Concretamente, se as relações sociais são profundamente injustas, qualquer possibilidade de se justificar a punição sob esses parâmetros se esvai¹⁷⁵. Como falar, afinal, em “vantagem injusta”, em um contexto no qual o ofensor sempre foi injustamente privado dos bens fundamentais da vida? Se não há igualdade material, perde-se o ponto de referência do pensamento retributivo.

Jeffrie MURPHY defende a rejeição das teorias utilitaristas e consequencialistas porque incompatíveis com a necessidade moral de se justificar a punição em face dos direitos do sujeito punido. Quer resgatar, inclusive, a discussão sobre o “direito de punir” do Estado, perspectiva posta de lado pelo utilitarismo penal. A crítica viria, em seguida, justamente da conjugação do retributivismo com a crítica material de MARX,

¹⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 74.

¹⁷³ MARX, Karl. “On Capital Punishment”. *New-York Daily Tribune*, London, Fev. 1853. Disponível em: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/02/18.htm>. Acesso em 20/04/2013. No mesmo sentido, afirmou o marxista Jeffrie MURPHY ser a perspectiva kantiana “a única teoria da pena moralmente defensável”, cf. MURPHY, Jeffrie. “Marxism and Retribution”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, p. 221.

¹⁷⁴ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 82.

¹⁷⁵ ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997, p. 17.

ao demonstrar como a teoria retributiva é fundada sobre uma concepção falsa do homem e da sociedade e sobre conceitos meramente pressupostos, mas que devem ser tomados em suas circunstâncias históricas:

Na base, a teoria retributiva falha em admitir que a criminalidade é, em grande medida, um fenômeno concernente à classe econômica. Admiti-lo significa desafiar o pressuposto empírico da teoria retributiva – aquela segundo a qual todos os homens, incluindo os criminosos, são participantes voluntários em um sistema recíproco de benefícios e que a justiça dessa organização pode ser derivada de algum conceito de racionalidade eterno e ahistórico¹⁷⁶.

O argumento segundo o qual as condições sociais adversas, oriundas de relações socioeconômicas de injustiça e exploração poderiam excluir ou mitigar o juízo de reprovação sobre o fato decorre de uma lógica inegavelmente retributivista e já foi objeto de propostas de abertura a partir do conceito de culpabilidade¹⁷⁷. Tal possibilidade se sustenta não tanto em um juízo abstrato sobre a natureza injusta da pena no caso, mas sobretudo em uma constatação empírica da negação da vida ligada ao exercício de poder dos sistemas penais latino-americanos¹⁷⁸. A atual deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico-penal provêm, nesse sentido, de sua falsidade e desconexão perante a realidade, que são, por sua vez, efeitos de uma relação de classe inerente à sua operacionalidade seletiva e corrupta como marcas estruturais.

É nesse contexto que se aborda a única “versão” da teoria retributiva que pode ser relida a partir do marco do paradigma da linguagem e de uma sociologia desconstrucionista, qual seja, aquela referente a uma função comunicativa ou expressiva para a pena, no sentido de denúncia e reconhecimento público da ofensa como algo

¹⁷⁶ MURPHY, Jeffrie. “Marxism and Retribution”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, p. 233-41: “At root, the retributive theory fails to acknowledge that criminality is, to a large extent, a phenomenon of economic class. To acknowledge this is to challenge the empirical presupposition of the retributive theory – the presupposition that all men, including criminals, are voluntary participants in a reciprocal system of benefits and that the justice of this arrangement can be derived from some eternal and ahistorical concept of rationality”.

¹⁷⁷ Nesse sentido CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006; e trabalho anterior publicado em GIAMBERARDINO, André. “Pobreza, Culpabilidade e Prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Contra, v. ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, p. 20-21, para quem a pobreza não afeta a “capacidade de realizar escolhas morais” e supô-lo seria uma violação à dignidade do indivíduo; argumenta também que deixar de punir o sujeito não elimina a injustiça social e contribui na vitimização, também seletiva, da própria população pobre.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*, p. 15-27: A seletividade estrutural é, segundo o autor, a “mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal”.

simplesmente errado¹⁷⁹, de modo similar à leitura durkheimniana da relação entre a punição e a coesão social.

A crítica deslegitimante dos sistemas penais no Brasil e na América Latina indica justamente a impossibilidade de que tais sistemas produzam e comuniquem censura, no sentido desejado. Há apenas violência, de forma brutal e seletiva. Não é à toa, enfim, que mesmo com altíssimos índices de violência estatal e encarceramento em massa seja empiricamente constatável a percepção subjetiva de impunidade por parte da população. Seria possível, afinal, expressar censura de outro modo?

É ponto central constatar que as teorias expressivas não são necessariamente retributivas¹⁸⁰ porque nem sempre exigem a conexão entre o reconhecimento público da ofensa e a imposição intencional de sofrimento. Com efeito, a questão sobre o que efetivamente justificaria o *hard treatment* como elemento necessário à expressão de censura segue não respondida¹⁸¹. Justamente por isso, nota-se um menor grau de atenção à questão da proporcionalidade por parte das teorias expressivas da pena. Para FEINBERG, por exemplo, um de seus mais importantes defensores, a busca de proporção entre crime e punição, no caso concreto, não encontra uma teoria racional para seu manejo:

Certamente, não há uma maneira racional de demonstrar que alguém mereça exatamente o dobro ou três-oitavos ou doze-nonos de sofrimento em relação a outrem; (...). Por tudo isso, porém, a versão dor-proporcional-à-maldade da teoria retributiva efetivamente ergue seu edifício de superstição moral com sustento no senso comum de que a justiça *exige* que de algum (outro) modo ‘a pena corresponda ao crime’.¹⁸²

A crítica filosófica é fortíssima nesse ponto, reconhecendo que a pretensão de uma precisa equivalência entre a ação punida e o ato de punir é inaplicável e não passa de um ato de fé ou superstição¹⁸³. Não obstante o esforço teórico de autores como VON

¹⁷⁹ Por todos, em ordem de publicação, v. EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929]; FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, 49:3, 1965, p. 397-423; e DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁸⁰ Pela distinção, v. WALKER, Nigel. *Punishment, danger and stigma*, p. 28-30.

¹⁸¹ BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*, p. 33.

¹⁸² FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, p. 422-423: “Certainly, there is no rational way of demonstrating that one deserves exactly twice or three-eighths or twelve-ninths as much suffering as the other; (...). For all that, however, the pain-fitting-wickedness version of the retributive theory does erect its edifice of moral superstition on a foundation in moral common sense, for justice *does* require that in some (other) sense ‘the punishment fit the crime’”.

¹⁸³ Entre outros, v. BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*, p. 24; PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*. p.85-94; PINCOFFS, Edmund. “Are questions of desert decidable?” CEDERBLOM, J.B.; BLIZEK, William (ed.). *Justice and Punishment*, p. 87. KELSEN também admite a impossibilidade da proporcionalidade em sentido estrito, senão somente em sentido

HIRSCH em construir uma “escala de penas”, negando que a valoração da severidade seja feita conforme as preferências individuais, mas sim com base em parâmetros “médios”¹⁸⁴, é impossível se obter um critério racional para a proporcionalidade em seu momento concreto de aplicação. Mesmo sendo viável, a princípio, “hierarquizar” atos como mais ou menos graves entre si, a partir de valores e critérios a serem determinados, não é possível justificar no caso concreto o ato de punir como equivalente ou justo perante a ação punida. Buscou-se a proporção com uma “moeda comum”, a privação da liberdade, mas o próprio desenvolvimento histórico da execução da pena de prisão comprova exatamente o oposto: a consolidação da privação da liberdade como modalidade hegemônica de punição foi pautada desde o início pela sua flexibilização segundo parâmetros utilitários, não passando a pena fixada na sentença condenatória de uma “pena virtual” e sujeita a alterações qualitativas e quantitativas no curso de sua execução¹⁸⁵.

Ora, se em uma acepção garantista ou mesmo agnóstica a retribuição deve ser um critério meramente negativo, qual seja, de limitação ao quanto punir, o que dela resta se a execução da pena aplicada volta a se pautar por parâmetros de utilidade?

Admitindo-se que “se o merecimento é analisado segundo critérios de reciprocidade, devemos desistir da intuição central de que a pena precisa ser proporcional à gravidade do crime (...) portanto, temos um consistente motivo para buscar outro paradigma sobre o qual basear nosso conceito de direito criminal”¹⁸⁶. Parece possível afirmar, enfim, que a punição não é justificável, em termos retributivos, em nenhum caso.

aproximativo, pois os valores em consideração não são “quantitativamente mensuráveis”, cf. Kelsen, Hans. *O problema da justiça*, p. 37.

¹⁸⁴ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, p. 61-69. Para uma análise acurada sobre sua proposta, v. TONRY, Michael. “Proportionality, parsimony and interchangeability of punishments”. TONRY, Michael (ed.). *Why Punish? How much? A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 217-237.

¹⁸⁵ Por todos, v. PAVARINI, Massimo. *Lo scambio penitenziario: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. 2.ed. Bologna: Martina, 1996.

¹⁸⁶ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 210: “if desert is analyzed in terms of reciprocity, we must give up the rather central intuition that punishment must be proportional to the gravity of crime (...) then, we have a compelling reason to search for another paradigm upon which to base our concept of the criminal law”.

2.2. Prevenção

O utilitarismo, como filosofia moral, pretende valorar cada ação conforme seu potencial em “produzir felicidade”, entendida esta como presença de prazer e ausência de sofrimento¹⁸⁷. Trata-se da definição do princípio da utilidade consoante a felicidade do maior número. Diante da objeção levantada sobre como diferenciar qualitativamente as formas de prazer, definindo uma como superior ou inferior a outra, STUART MILL defendeu o critério da experiência: entre dois prazeres, seria superior aquele para o qual todos ou quase todos que os experienciaram manifestassem sua preferência¹⁸⁸. O caráter justo/injusto não poderia ser tomado como qualidade intrínseca a qualquer ato ou coisa, como conceito ambíguo e indeterminado, mas seria necessariamente referido ao princípio da maximização da felicidade do maior número, e especialmente quando se trata de punir.

A argumentação de STUART MILL segue, assim, no sentido de tomar a sanção jurídica como critério distintivo entre a “justiça” e as outras “obrigações morais”, situando a primeira como “a denominação apropriada para certas utilidades sociais que são muito mais importantes, e portanto mais absolutas e imperativas”¹⁸⁹. Tendo reconhecido o impulso de vingança e auto-defesa como componente do sentimento de justiça, defende a necessidade de sua submissão ao crivo do interesse do bem comum, o que não pode levar a outro caminho senão à justificação da pena segundo o escopo de intimidação pela ameaça e pelo exemplo, o que fica bastante claro em sua defesa da pena de morte¹⁹⁰.

As teorias de justificação da pena sob um prisma utilitarista se voltam mais ao futuro que ao passado, e mais ao autor que ao ato, constituindo discursos que buscam

¹⁸⁷ STUART MILL, John. *Utilitarianism*, p. 7. O autor afirma, inclusive, ter sido o primeiro a utilizar o termo “utilitarismo”, não obstante sua obra seja posterior à de Jeremy Bentham.

¹⁸⁸ STUART MILL, John. *Utilitarianism*, p. 35. A resposta de STUART MILL não supera, porém, objeção subsequente sobre sua não-verificação; para SANDEL seria a “objeção Simpsons”: o fato de a maioria das pessoas certamente preferirem assistir a um episódio dos Simpsons ao invés de um concerto de música clássica não pode ser considerado suficiente para se afirmar o primeiro como um prazer “qualitativamente superior”, cf. SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p. 69-70.

¹⁸⁹ STUART MILL, John. *Utilitarianism*, p. 64: “Justice remains the appropriate name for certain social utilities which are vastly more important, and therefore more absolute and imperative”.

¹⁹⁰ STUART MILL, John. “April 1868 Speech on Capital Punishment”. In: *Utilitarianism*, p. 65-71. O autor afirma que a eficácia de qualquer pena depende muito menos do que ela é, e mais do que ela “parece ser”. Nesse sentido, o núcleo de sua defesa da manutenção da pena capital está na capacidade de atingir o imaginário popular: “to deter by suffering from inflicting suffering is not only possible, but the very purpose of penal justice”, cf. *Ibidem*, p. 69.

legitimar a pena como medida de prevenção, geral ou especial, cada qual na forma positiva ou negativa, contrapondo-se nesse sentido às teorias retributivas.

Para QUINTON, o debate entre retributivistas e utilitaristas decorre de uma confusão conceitual que obscureceria, de um lado, a natureza lógica da teoria retributiva, com função de delimitação conceitual no sentido de se obstar a punição de inocentes, e de outro a natureza moral do utilitarismo, este sim voltado à questão se punir é “bom ou ruim” tendo em vista suas consequências¹⁹¹. QUINTON parece tender, como se nota, a uma defesa das teorias utilitaristas. De todo modo, o ponto fulcral é que na medida em que se abre a possibilidade de controle empírico quanto à efetiva consecução das finalidades a que se propõe, para BARATTA¹⁹² é possível compreender a prevenção especial positiva e a prevenção geral negativa como teorias ideológicas da pena, na medida em que não são confirmadas empiricamente e não produzem qualquer efeito concreto. A seu turno, a prevenção geral positiva e a prevenção especial negativa seriam teorias tecnológicas ou tecnocráticas, porque poderiam, a princípio, ser confirmadas empiricamente, mas sob o óbice de críticas de natureza ética e axiológica.

Posteriormente, BARATTA viria a ponderar que também as finalidades ditas ideológicas têm problemas axiológicos, assim como as finalidades ditas tecnocráticas poderiam ser contestadas empiricamente: no que tange a estas últimas, a prevenção especial negativa pode ser questionada quanto à sua eficácia neutralizante em face da realidade dos fatos (por exemplo, a facilidade com que se ordena a prática de delitos a partir do interior de estabelecimentos penais), assim como a prevenção geral positiva pode, não obstante a dificuldade para tanto, ser contestada por meio de base empírica,

¹⁹¹ QUINTON, Anthony. “On Punishment”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 55-64. Para a crítica, porque QUINTON não teria “entendido” o que significa retributivismo, v. CLARKE, Dean. “Justifications for punishment”. *Contemporary Crises*, 6:1, 1982, p. 41-43. CLARKE também considera injustificada a discussão entre retributivistas e utilitaristas, mas por conta da ausência de uma diferenciação clara entre objetivo e justificação. Para ele, todas as teorias reconhecem a ameaça e o exemplo (*deterrence*) da pena como um objetivo válido, todas buscam explicar o sentido de “merecimento” e todas justificam a pena quanto a suas boas consequências: a diferença estaria em suas respectivas matrizes políticas e morais, o que acarreta diferentes sentidos para conceitos como “bem”, “moral”, “liberdade” e outros. Sem embargo, CLARKE parece partir de uma leitura própria sobre o que defende cada uma das teorias em questão, deixando de lado diversas perspectivas que não serviriam à sua tentativa de conciliação teórica.

¹⁹² BARATTA, Alessandro. “Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena”, *Dei Delitti e Delle Pene*, p. 248. Mas a objeção não é definitiva, pois é possível que o utilitarista se defenda no sentido de que, se *esta ou aquela* medida não tem um efeito preventivo verificável, não significa que a justificação pela utilidade não esteja correta; cf. PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 33-34.

demonstrando-se uma baixa influência da lei penal sobre a confiança e as expectativas normativas da comunidade¹⁹³.

As críticas axiológicas às finalidades ditas ideológicas são mais conhecidas: a prevenção especial positiva é contestada em face do princípio da secularização e laicidade, que coloca em xeque a legitimidade da pretensão pedagógica de “reformatar” ou “introjetar” no sujeito determinados valores morais; e a prevenção geral negativa é considerada incompatível com o reconhecimento do indivíduo como ser autônomo e que não pode ser instrumentalizado como meio para a consecução de quaisquer fins que seja.

Mesmo assim, a prevenção geral negativa e sua concepção da pena como forma de intimidar potenciais violadores da lei penal, seja por meio da ameaça legislativa ou do exemplo da aplicação judicial, foi a preferida de Jeremy BENTHAM, no século XIX, a partir da premissa segundo a qual a ação humana é movida pelos princípios da dor e do prazer¹⁹⁴. Se o cálculo racional da dor ou sofrimento advindos da aplicação de uma pena resultasse mais significativo que aquele das vantagens a serem obtidas com o crime, o sujeito se absteria de praticar o ato. Também nesse sentido Cèsare BECCARIA, para quem a finalidade da pena “é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”¹⁹⁵.

Vale observar que a intimidação pela ameaça se vincula ao grau de severidade da pena prevista; enquanto a intimidação pelo exemplo se vincula ao grau de certeza da punição e sua celeridade. Não obstante BENTHAM e BECCARIA tenham dado muito mais importância à “deterrence” pelo exemplo, ou seja, fundada na certeza da punição¹⁹⁶, a interpretação mais comum, com reflexos na postura do legislador, no Brasil e em outros países, crê no potencial intimidatório presente na elevação da severidade das penas cominadas.

¹⁹³ BARATTA, Alessandro. “Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 137 e ss.

¹⁹⁴ BENTHAM, Jeremy. *The rationale of punishment*, p. 61 e ss.

¹⁹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, §XII, p. 62. Sobre a adoção do princípio do utilidade pelo prazer e a dor, v. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, §VI, p. 52.

¹⁹⁶ Por exemplo, BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, §XXVII, p. 91-92: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade. (...). A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”.

Mas se a relação entre o direito penal e a experiência é precária e o legislador realiza afirmações empíricas sem conhecimento empírico¹⁹⁷, supor que a previsão legislativa de penas seria capaz, por si só, de produzir efeitos de dissuasão e alteração no comportamento humano não passa de “mais uma prova do narcisismo teórico do Direito Penal, pretendendo gerar algo que não poderia porque não é o único dos referenciais éticos”¹⁹⁸. A natureza subjetiva da forma pela qual cada ser humano lida com o pretendido efeito intimidatório – e que, na teoria de BENTHAM, ignora os crimes passionais e cometidos por impulso – dificultam sobremaneira a comprovação de uma relação de meio e fim entre comportamento conforme a lei e a pena estabelecida. De acordo com GÜNTHER, “a prevenção geral negativa apenas funciona – se é que funciona – quando leva em conta a ideia de justiça da comunidade”¹⁹⁹, pois uma medida recebida como “injusta” não pode ter qualquer efeito intimidatório. Afinal, a intimidação seria produto de um cálculo do “agente racional” que concluísse pela prevalência dos custos em relação aos benefícios pela ação praticada: e tais custos se vinculam, necessariamente, ao que se entende por legítimo. Além da objeção concernente aos crimes cometidos por impulso, o utilitarismo penal também encontrou dificuldades em explicar a reação frente os portadores de doença mental²⁰⁰: como justificar conceitualmente a ausência de pena ao inimputável segundo um princípio de utilidade, e não de justiça, senão apelando ao conceito substancialmente equivalente de medida de segurança ou defesa social?

Quanto à pena privativa de liberdade e suas formas de execução, o caminho seguido foi outro. O cumprimento das disposições da sentença condenatória, a partir da “invenção penitenciária”, vestiu-se com as roupagens do discurso da reforma do indivíduo ou da pena como terapia, deixando de lado, inclusive, seu conteúdo de reprovação pelo ato. A maximização dos anseios de prevenção especial positiva, porém, levou a um sistema de penas tendente à indeterminação, na medida em que se o escopo é “reformatar o sujeito” pela prisão, não faria sentido limitar o tempo do “tratamento” àquele proporcionalmente fixado pelo juízo condenatório. Assim é que a pena se converte em “medida de defesa social” ou medida de segurança, fundada mais na periculosidade que na culpabilidade do sujeito. Nesse sentido:

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried. “Prevención general y aplicación de la pena”. NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. *Principales problemas de la prevención general*, p. 75-76.

¹⁹⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. “PENA (verbete)”. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 627.

¹⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. “Crítica da Pena – I”. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, jul.dez. 2006, p. 194.

²⁰⁰ PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 39.

Se fôssemos seguir métodos científicos, o criminoso condenado seria indefinidamente detido enquanto houvesse uma decisão pendente sobre quando e como o reintroduzir com sucesso na sociedade (...). E se o preso, assim como alguns dos pacientes psiquiátricos, não pode ser reformado por esforços genuínos pela sua reabilitação, precisamos encarar nossa falha de frente, e garantir a continuidade indefinida de seu confinamento²⁰¹.

No que tange aos efeitos preventivos sobre e a partir do indivíduo condenado, portanto, o objetivo sempre foi a evitação da reincidência, seja através de medidas positivas, consoante o sentido que ganha a pena como “terapia” e o desenvolvimento do correccionalismo penal, seja através de medidas negativas, visando apenas a simples e direta neutralização e incapacitação do “perigoso”.

A indeterminação das penas é, portanto, uma consequência inexorável do utilitarismo penal, especialmente na dimensão da prevenção especial, o que é historicamente verificável com a gradual ruptura da fase de execução da pena privativa de liberdade em relação ao *quantum* de pena determinado na sentença condenatória²⁰².

Os esforços realizados no sentido de congregar pressupostos tão diversos em teorias ecléticas, mistas ou unitárias da pena tiveram consequências relevantes no plano político-criminal. Considerando o processo de elaboração do Código Penal brasileiro em 1940 e sua principal influência, o movimento do tecnicismo jurídico liderado pelo italiano Arturo ROCCO²⁰³, o que se vê é que se buscou adaptar o normativismo kelseniano à questão criminal, com a redução da técnica à dogmática e a exclusão de reflexões de cunho filosófico ou sociológico, redefinindo-se o crime como uma mera espécie do gênero ato ilícito, tendo a pena como a respectiva consequência jurídica. Em sentido similar, no âmbito da filosofia anglo-saxã, MABBOTT havia defendido uma concepção estritamente legal de pena²⁰⁴.

²⁰¹ MENNINGER, Karl. “Therapy, not punishment”. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*, p. 50-51: “If we were to follow scientific methods, the convicted offender would be detained indefinitely pending a decision as to whether and how and when to reintroduce him successfully into society. (...). And if the prisoner, like some of the psychiatric patients, cannot be changed by genuine efforts to rehabilitate him, we must look our failure in the face, and provide for his indefinitely continued confinement”. Sobre os desdobramentos dos movimentos pela “defesa social” no século XX, v. BERISTAIN, Antonio. *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*, p. 63 e ss

²⁰² Com isso, sendo até mesmo a pena em concreto “contaminada”, na fase de execução, por ideais de utilidade, cai o último limite possível ao Estado e seu poder punitivo; cf. PAVARINI, Massimo. “La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad”. *Capítulo Criminológico*, n. 21, p. 34.

²⁰³ ROCCO, Arturo. “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”. *Opere Giuridiche*, vol. 3. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 263-323.

²⁰⁴ MABBOTT, John David. “Punishment”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 39-52. Sobre a relação entre a pena retributiva e o princípio da igualdade, v. KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, p. 32-33.

Mas indo muito além dessa “falsa pureza”, ROCCO introduziu o sistema do *doppio binario* – ou dualista cumulativo – no novo diploma legal, permitindo a aplicação simultânea de penas e medidas de segurança, de acordo respectivamente com a culpabilidade e a periculosidade. Tal sistema, ao invés de demarcar espaços distintos para culpabilidade e periculosidade e, respectivamente, para as penas e medidas de segurança, confundia-os profundamente, explicitando a sua similitude substancial, pois afinal, como se sabe, as razões de ROCCO eram sobretudo políticas²⁰⁵ por detrás de seu argumento “técnico-jurídico”.

A solução, reproduzida pelo Código Penal brasileiro em 1940, foi apresentada como uma espécie de compromisso entre o classicismo penal e a Escola Positiva: as penas seriam cominadas porque “justas”, sendo reservadas ao delinquente responsável (culpável), na forma de expiação pelo ato cometido; as medidas de segurança, de natureza pessoal, seriam impostas porque “úteis” segundo finalidades de prevenção especial (seja de neutralização ou de ressocialização) daqueles considerados não necessariamente culpáveis, mas perigosos.

No Brasil, o tecnicismo jurídico chegou ao Código Penal de 1940 – inteiramente baseado no *Codice Rocco* de 1931 – pelas mãos de Nelson Hungria, quem endossou o sistema do *doppio binario*: em suas palavras, com efeito, “a pena só é aplicada aos responsáveis, sejam ou não perigosos; a medida de segurança somente se impõe aos perigosos, sejam ou não responsáveis”²⁰⁶. Apenas em 1984, com a Lei nº. 7.209, é que se passou a adotar, no Brasil, o critério alternativo entre penas e medidas de segurança, hoje denominado sistema vicariante. A perplexidade diante da hibridização entre penas e medidas de segurança acabou sendo, porém, uma reação exclusiva dos penalistas neoclássicos, na medida em que Enrico FERRI, um dos líderes da Escola Positiva e portanto defensor de um sistema inteiramente voltado às “medidas de defesa social” e à prevenção especial positiva, desde o início apontara como impossível a sua separação²⁰⁷.

²⁰⁵ Para a crítica deste percurso teórico, v. BARATTA, Alessandro. “Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 53, Curitiba: Ed. UFPR, 2011, p. 11-31.

²⁰⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, vol. III, p. 26.

²⁰⁷ FERRI, Enrico. “La visione positivista della giustizia penale: il principio della responsabilità legale”. *La Scuola Positiva*, vol. IV, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 302.

2.3. Teorias ecléticas

Há duas vias possíveis para o ato ou ação ser valorado com fulcro no princípio da utilidade²⁰⁸, e duas concepções diversas de utilitarismo. De um lado, a referência pode ser às ações em particular, aferíveis como *conforme* ou não à felicidade do maior número, residindo aqui as tradicionais teorias utilitaristas da pena (seria o *utilitarismo-ato*, tradução livre do inglês *act-utilitarianism*). De outro, porém, visualiza-se tipos ou grupos de ações que devem ser submetidos a regras e assim analisadas em seu conjunto (*utilitarismo-regra*, tradução livre do inglês *rule-utilitarianism*), admitindo assim, na busca de uma síntese, a abertura a critérios de justiça típicos do retributivismo.

Vai nesse sentido a “mais convincente” dentre as teorias ecléticas²⁰⁹, de Herbert Lionel HART, rejeitando, desde logo, a possibilidade de uma teoria monista da pena, afirmando que qualquer perspectiva deverá assumir que se aproxima de princípios distintos e parcialmente conflitantes. Seu ponto de partida é a diferenciação, já indicada por John RAWLS em 1954, entre “justificar uma prática”, em termos gerais, e “justificar uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral”²¹⁰. No léxico utilizado por HART, trata-se da “Justificativa Geral da Punição” (*General Justifying Aim*), de um lado, e do “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” (*Principle of Distribution*) no momento da aplicação da pena ao caso concreto, de outro. Diferencia-se, assim, a justificação da pena em abstrato da justificação da pena em concreto.

Em termos simplificados, RAWLS e HART defendem como solução de consenso o reconhecimento de que a “Justificativa Geral da Punição” reside em suas consequências benéficas, e em especial a prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” na qual se inserem as considerações retributivas sobre o “justo merecimento”²¹¹, essas sempre tendo por referência o caso concreto.

Seria dentro deste segundo momento, portanto, relativo à aplicação da pena, que emergiriam as questões de quem punir e quanto punir: respectivamente, aquele que teve

²⁰⁸ PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 118-119.

²⁰⁹ Segundo FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*, p. 418. FERRAJOLI adere à hipótese de RAWLS e HART, não admitindo qualquer justificativa geral para a pena “senão a utilitarista”, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, p. 256.

²¹⁰ RAWLS, John. “Two concepts of rules”. ACTON, H. B. (ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 105.

²¹¹ HART, Herbert. “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. *Punishment and responsibility*, p.9; RAWLS, John. “Two concepts of rules”. ACTON, H. B. (ed.). *The Philosophy of Punishment*, p. 107.

acertada sua responsabilidade penal, e nos limites do justo merecimento em face da gravidade do delito cometido. Desse modo, HART busca rejeitar a importante objeção ao utilitarismo que denuncia uma possível autorização à punição de inocentes²¹².

De qualquer forma, a justificativa geral da pena seguiria sendo substancialmente consequencialista, residindo o erro dos retributivistas, segundo o autor, em definir a retribuição como “Justificativa Geral”. Mas o autor não admite a hipótese de se tomar a prevenção especial positiva como Justificativa Geral da Punição, como queriam as teorias correcionalistas, classificando como um paradoxo dizer que se pune o homicídio para reformar o homicida e não para prevenir novos homicídios, na medida em que, se a sociedade pode ser dividida, em qualquer momento, entre (i) aqueles que violaram determinada lei e (ii) aqueles que ainda não violaram, mas podem fazê-lo, não haveria sentido em não se priorizar o segundo grupo, numericamente bem maior, por meio da prevenção geral negativa ou “deterrence”²¹³.

Para DOLINKO, porém, a divisão proposta por HART é confusa, na medida em que “falar de uma ‘justificativa geral’ envolve o risco de misturar a questão do por que punir (o ‘objetivo’ ou justificação racional da prática) com aquilo que nos autoriza a punir (que moralmente ‘justifica’ a prática)”²¹⁴. A crítica é que HART insere ambas justificações (racional e moral) sob a rubrica da sua “justificativa geral”. Já segundo FLETCHER e também PRIMORATZ²¹⁵, HART fracassa na segunda parte de sua teoria concernente a uma justa “distribuição” da pena no caso concreto por permanecer indiferente a princípios de justiça fundados em um juízo sobre o “merecimento”. A crítica não procede, porém, pois HART efetivamente definiu a proporcionalidade na aplicação da pena em sentido apenas *negativo*, visando excluir o excesso de severidade, e não a sua insuficiência, e este é muito mais um mérito que um problema.

Uma segunda e importante linha de justificação da pena através de uma teoria unitária valoriza e confere centralidade à prevenção geral positiva, não negativa,

²¹² Sobre o debate acerca da objeção ao utilitarismo porque permitiria a punição de inocentes, há vasta literatura: v. por exemplo BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 120 e ss.; e PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 45-61.

²¹³ HART, Herbert. “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. *Punishment and responsibility*, p. 26-27: “Não se trata de uma Justificativa Geral alternativa, mas algo cujo advento no interior de um sistema punitivo qualifica ou desloca o recurso a princípios de justiça ou proporcionalidade na determinação do *quantum* de pena”. No original: “It is not an alternative General Justifying Aim of the practice of punishment but something the pursuit of which within a system of punishment qualifies or displaces altogether recourse to principles of justice or proportion in determining the amount of punishment”.

²¹⁴ DOLINKO, David. “Some thoughts about retributivism”. *Ethics*, v. 101, n. 3, p. 541.

²¹⁵ FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*, p. 419; PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*, p. 141-142.

residindo na atribuição de uma determinada funcionalidade à pena a maior parte das contribuições advindas da reflexão jurídica, inclusive no que tange à teorização de limitações materiais e formais ao poder punitivo.

A posição de Claus ROXIN é de que as teorias “absolutas” ou retributivistas não se sustentam porque o direito penal só é legítimo quando se preocupa com as consequências²¹⁶. A perspectiva consequencialista acompanha, assim, a construção de um sistema penal justificado por seus escopos de prevenção. Porém, o ponto de tensão para com o princípio da proporcionalidade presente no desdobramento lógico do escopo preventivo que conduziria à adoção de sentenças indeterminadas²¹⁷ é absorvido pela interessante argumentação desenvolvida em sua teoria unificadora dialética²¹⁸, similar ao que propõe HART, no sentido de “evitar os exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”, ou seja:

a idéia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial.²¹⁹

Trata-se do que em regra se denomina retributivismo “negativo” ou “limitado”²²⁰, pois meramente limitador e não justificador da punição. Não se trata de fazer com que a severidade da pena “alcance” um determinado grau de “culpabilidade” do ofensor, mas somente de evitar o excesso. Discute-se assim a aproximação entre a prevenção geral positiva, como afirmação da validade da norma e tutela da confiança da comunidade, e um escopo retributivo, já tendo sido aquela denominada como “teoria da

²¹⁶ Dentre muitos outros trabalhos, v. ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 15-47.

²¹⁷ TONRY, Michael. “Introduction. Thinking about punishment”. TONRY, Michael (ed.). *Why Punish? How much? A Reader on Punishment*, p. 4: “Modos de pensar utilitaristas ou, como são agora descritos, consequencialistas, caminham ao lado das sentenças indeterminadas, e exerceram uma influência irresistível durante a década de 60”; no original: “Utilitarian or, as they are now described, consequentialist ways of thinking went hand-in-hand with indeterminate sentencing, and were overwhelmingly influential through the 1960s”.

²¹⁸ ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 43-45.

²¹⁹ ROXIN, Claus. “Sentido e Limites da Pena Estatal”. *Problemas fundamentais de direito penal*, p. 44. STRATENWERTH, por sua vez, defende uma teoria da pena que tenha por principal preocupação evitar a absolutização de quaisquer dos aspectos tradicionalmente tratados: é uma teoria unitária, porém fundamentada materialmente, o que a diferenciaria das outras teorias da união, inclusive da sua variante “dialética”, cf. STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, p. 34-37.

²²⁰ MURPHY, Jeffrie. “Retributivism, Moral Education and the Liberal State”. *Ethics*, 4:1, p. 6. Sobre o mesmo tema, v. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, p. 93.

retribuição funcional”²²¹. Para STRATENWERTH, nesse sentido, a prevenção geral positiva sequer deve ser caracterizada como uma teoria específica da pena, na medida em que o fortalecimento da confiança e da vigência das normas jurídicas extrapolaria o âmbito estritamente jurídico. O que é apresentado como explicação “funcional”, segundo o autor, não passa, na verdade, de “mera afirmação das teorias da pena de grande discricionariedade, que na melhor das hipóteses poderá ser plausível, mas em regra sequer pretende ser verificável racionalmente – ou seja, empiricamente”²²².

Em âmbito europeu-continental, a perspectiva defendida por Claus ROXIN estabelece nesse sentido a proteção subsidiária de bens jurídicos como matriz político-criminal de um direito penal compatível com o Estado de Direito. Indubitavelmente, a delimitação da conduta proibida ou mandada é “imperiosa necessidade dogmática”, na medida em que o tipo penal se constitui como norma de conduta que exige, assim, sua vinculação a uma determinada finalidade, que não pode ser outra senão a delimitação do poder de intervenção do Estado. A lesão de bem jurídico é definida não como “pressuposto” do tipo – visto que indemonstrável em seu caráter meramente formal – mas sim seu elemento primário, incorporado à norma e base material de delimitação do injusto²²³. De um ponto de vista garantista ou liberal, portanto, trata-se ainda de um conceito fundamental; longe, porém, de representar uma “solução” ou teorização capaz de efetivamente conter os processos de criminalização.

Em termos de delimitação do injusto, elaboração altamente restritiva foi a teoria constitucional do bem jurídico de Franco BRICOLA, datada de 1973: com base na assunção da eficácia vinculante e cogente da Constituição, não apenas programática, e considerando que a imposição de uma pena significa a supressão ou redução institucional de um direito de alta relevância constitucional como é a liberdade individual, entender-se-ia que só se poderá cogitar permitir ao Estado fazê-lo quando servir à proteção de outro bem ou direito de equiparável relevância²²⁴. A teoria de BRICOLA nunca foi adotada como critério exclusivo na atividade do legislador penal,

²²¹ STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, p. 22.

²²² STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, p. 13: “mera afirmación de las teorías de la pena de gran discrecionalidad, que en el mejor de los casos podrá ser plausible, pero que en general ni siquiera pretende ser verificable racionalmente – y esto significa, empíricamente”.

²²³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*, p. 175-179.

²²⁴ BRICOLA, Franco. “Teoria generale del reato”. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV. Torino: Utet, 1973, p. 7-93. V. também TAVARES, Juarez. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 0, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75-87, especialmente no que tange aos princípios de limitação material que vinculam a proteção de bens jurídicos à elevação da proteção à dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, III, CR).

mas indica, de certo modo, um limite no plano normativo além do qual é difícil ultrapassar. Foi o que reconheceu BARATTA, buscando equiparar conceitualmente bem jurídico e direitos fundamentais ou direitos humanos, em sentido amplo, como limitação para a criminalização²²⁵. PAVARINI argumenta que eventual sucesso na concretização de uma estratégia de deflação penal, reduzindo-se o número de tipos penais e condutas criminalizadas, não levaria necessariamente à efetiva redução da população carcerária ou a uma problematização da seletividade do sistema²²⁶, porque haveria uma relativa homogeneidade nos processos de criminalização secundária e na própria população carcerária.

De fato, qual seria o impacto de uma política criminal orientada pelo modelo do “direito penal mínimo”, restrito este ao plano legislativo, tendo em conta que apenas *quatro* crimes (tráfico de drogas, roubo, furto e homicídio) são responsáveis por aproximadamente 80% do total de fatos *registrados*²²⁷ de acordo com os dados de dezembro de 2012 disponibilizados pelo InfoPen/Brasil, a não ser que a descriminalização incida diretamente sobre esses delitos?

O que se vê, portanto, é a importância de se buscar algo além da retórica garantista que, embora fundamental à contenção do punitivismo, esgota-se em si mesma. Os conceitos de dano e bem jurídico, da forma como construídos nos léxicos anglo-saxão e europeu-continental, não representaram um resgate da valorização dos direitos lesados da vítima porque a vítima só seria mediatamente e secundariamente lesada (o dano é ao Estado!), sendo, bem ao contrário, componente essencial da expropriação do conflito e a ressignificação deste como *crimen laesae maiestatis*.

De acordo com ESER, a elevação do conceito de “bem jurídico” ao posto de referência político-criminal se insere no processo de marginalização da vítima e em uma concepção unilateral de pena:

Ao se conceber a vida ou a propriedade da vítima concreta tão somente como objeto da ação, entendendo o bem jurídico ‘vida’ ou ‘propriedade’ de modo abstraído e institucionalizado em respeito à vítima concreta, o bem jurídico já não era algo que pudesse corresponder ao indivíduo.

²²⁵ BARATTA, Alessandro. “Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell’uomo come oggetto e limite della legge penale”. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 3, 1985, p. 443.

²²⁶ PAVARINI, Massimo. “Per un diritto penale minimo: ‘in the books’ o ‘in the facts’? Discutendo con Luigi Ferrajoli”. *Dei Delitti e Delle Pene*, p. 125 e ss. Também questiona o potencial limitador do conceito de bem jurídico ESER, Albin. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. *Quadernos de conferencias y articulos*, v. 18, p. 33.

²²⁷ Sem levar em conta a *cifra negra*, o número registrado de crimes tentados/consumados por *tráfico de entorpecentes* (art. 33, Lei 11.343/06), *roubo* (art. 157, CP), *furto* (art. 155, CP) e *homicídio* (art. 121, CP) alcança a cifra de 403.034 fatos cf. InfoPen 2012, o que representa aproximadamente 80% do universo de 505.465 fatos registrados no mesmo relatório, no Brasil.

Converteu-se em um princípio global, que conjugava distintos bens jurídicos considerados valiosos dos indivíduos em uma mera abstração transindividual.²²⁸

Para COUTINHO e CARVALHO, na mesma esteira, nem as teorias absolutas e tampouco as teorias relativas conferem a devida atenção à vítima, que “vira reles meio de prova”, e “sem tal retomada, o sistema penal não mudará e a pena continuará sendo uma punição pela desobediência ao sistema, ao príncipe, sem justificação racional”²²⁹.

Não parece haver, enfim, uma justificação racional para a pena, na medida em que as perspectivas consequencialistas tendem à supressão de princípios de justiça fundamentais como a exigência da responsabilidade pelo ato e a proporcionalidade, ao passo que o prisma retributivo é filosoficamente problemático, justificando, no máximo, a punição no caso concreto, mas sem ser capaz de justificar a pena como instituição política²³⁰. Não há como se justificar a pena com base em conceitos como reciprocidade e retribuição enquanto se operar com uma noção abstrata, e não concreta, de justiça, ou pautada ainda pelo paradigma da consciência, e não da linguagem:

Ora, a visão retribucionista não é equivocada. Afinal, a pena sempre foi e sempre será, antes de tudo, retribuição. Ela não pode ser, porém, como imaginaram alguns, tão-só retribuição, pelo menos em países periféricos como o Brasil. E não pode ser porque tende a liberar – como de fato libera – a todos, mas principalmente os operadores da execução penal, do fardo de conferir ao preso as condições mínimas exigidas pela Constituição da República, a começar pela dignidade da pessoa humana. O preso, assim, tende a virar objeto, a ser ‘coisificado’ e, pior, a ser tratado como tal.²³¹

Sob o prisma da realidade brasileira e latino-americana, portanto, a questão que se abre é até que ponto a limitação (logo, nos termos de uma política de “redução de danos”) do discurso punitivo é possível adotando-se uma teoria justificadora da pena que se contenta em se restringir a uma aceção negativa de retribuição, porém não busca um novo conteúdo (que pode quicá ser denominado restaurativo) sob o temor da relegitimação do que se quer conter e limitar. Não seria tal omissão, ela sim, a própria relegitimação?

²²⁸ ESER, Albin. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. *Quadernos de conferencias y artículos*, v. 18, p. 38: “Al concebirse la vida o la propiedad de la víctima concreta tan sólo como objeto de acción, entendiendo el bien jurídico “vida” o “propiedad” de modo meramente abstraído e institucionalizado respecto de la víctima concreta, el bien jurídico ya no era algo que pudiera corresponder al individuo. Se convirtió en un principio global, que, conjuntaba los distintos bienes jurídicos considerados como valiosos de los individuos en una mera abstracción transindividual”.

²²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. “PENA (verbetes)”. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 627.

²³⁰ FLETCHER, George. *Rethinking Criminal Law*, p. 415-417; v. também ANDERSON, Jami. “Reciprocity as a justification for retributivism”. *Ethics*, 16:1, p. 22.

²³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Neoliberalismo e Sistema Punitivo”. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). *Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*, p. 5.

Por isso é que os elementos de uma correta compreensão descritiva ou sociológica do sistema penal, necessariamente crítica e atenta à densidade política do conceito de pena²³², não excluem a necessidade de problematizar seu horizonte normativo. Faz-se urgente, mesmo compreendendo-se a pena como fato de poder, sem justificação racional, estruturalmente vinculada à produção de diferenciação social, que se deixe de se contentar em fazer o giro à relegitimação do direito penal – dessa vez, como limite ao arbítrio – em prol da busca de outras possibilidades que ressignifiquem o drama humano potencialmente presente no conflito, que é deixado de lado. Se “há sempre à disposição uma alternativa menos repugnante que a pena”²³³, resgatar o papel da vítima e de um conceito de controle social não exclusivamente formal, mas democrático, nesse específico sentido, é que será efetivamente contribuir à limitação e à contenção do poder punitivo.

2.4. *Inquisitio e crimen laesae maiestatis*

Percorrendo um caminho que vai das “justificações” à “fundamentação” contratualista da pena moderna, passa-se a tratar desta última no que diz respeito tanto a um obstáculo preliminar, de natureza historiográfica, como às relações entre a questão penal e filosofia política.

Para que se possa cogitar da construção de um modelo de censura que se subtraia à tradicional moldura da punição como imposição de sofrimento, é necessário superar a crença na humanização dos sistemas penais e na suposição de uma evolução das formas de punir ao longo da história. Em sua base, sobrevive um mito segundo o qual a suposta superação da crueldade das penas estaria ligada à substituição da “vingança privada” pelo “monopólio estatal” da punição, ou seja, estaria diretamente ligada à exclusão da participação ativa dos sujeitos do conflito. Historicamente, trata-se de premissa absolutamente equivocada, na medida em que o momento de publicização do suplício remete justamente ao processo de concentração do “poder de punir”.

²³² TAVARES, Juarez. “A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático”. ZILIO, J.; BOZZA, F. (org.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal*, p. 881: “cabera sempre perguntar se é possível reconstruir uma racionalidade sobre uma ciência que está menos vinculada a seu objeto do que a seus propósitos políticos”.

²³³ Palavras de ZIMMERMAN, Michael. *The immorality of punishment*, p. 165.

Trata-se de um tipo de historiografia positivista e celebratório, que glorifica o presente²³⁴. Evidentemente, há pontos de mudança advindos do iluminismo penal que devem ser reconhecidos como tais, especialmente a crítica à tortura como meio de instrução e o princípio do devido processo legal abarcando garantias processuais e substanciais do cidadão frente o arbítrio estatal. Afirmá-lo não equivale a pressupor, todavia, que a exclusão radical dos diretamente envolvidos no conflito – já significativamente denominados como interesses “privados” – significaria, necessariamente, a “retomada da vingança”, a “privatização dos conflitos” ou a “mitigação de garantias processuais”.

Situando-se o direito penal e processual penal como garantia do cidadão, o que se há de perceber é que tais garantias têm por pólo contraposto formas de arbítrio que remetem não a um momento anterior à fundação do sistema penal e processual modernos mas, ao contrário, coincidem com ela e com o processo histórico de concentração do poder entre meados do Medievo e o Antigo Regime. ZAFFARONI indica provocativamente, nesse sentido, o *Malleus Malleficarum* como o “primeiro” texto codificado do direito penal e processual penal moderno²³⁵, datado de 1484. E se é assim, a luta pelo fortalecimento de instâncias de efetivo limite e garantia não caminha pela manutenção de algo dado, mas se encontra, sim, em construção.

O iluminismo penal não significou, em suma, uma ruptura teórica e politicamente profunda para com “o que veio antes”, havendo na verdade uma relação de continuidade, mormente em relação à estrutura conceitual da teoria do delito e da estrutura inquisitória do processo penal. Desde logo, o conteúdo material do conceito moderno de crime posto em perspectiva devidamente historicizada indica como é o paradigma do crime político ou *crimen lesa maiestatis* que acompanha, com função constitutiva, todo o percurso do direito penal moderno. Para BECCARIA, seriam eles “os delitos máximos porque mais danosos”²³⁶. Sobre o tema escreveu também FOUCAULT:

²³⁴ Nesse sentido, v. HENDLER, Edmundo. *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*, p. 109 e ss.; e HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*, p. 29: “Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. (...) promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana e tem inspirado a chamada ‘teoria da modernização’, a qual propõe uma política do direito baseada num padrão de evolução artificialmente considerado como universal”.

²³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 271.

²³⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, §VIII, p. 54-55: “Vimos que a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade. (...). Alguns delitos destroem imediatamente a sociedade ou quem a

Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média.²³⁷

O conceito de crime como “violação do soberano” foi objeto central da obra de Mario SBRICCOLI²³⁸, debruçando-se sobre a história da justiça criminal tendo por chaves de leitura as noções de “justiça penal negociada”, referente ao período entre os séculos XI e XIII, de “justiça penal hegemônica ou de aparatos”, a partir dos séculos XIII e XIV, e enfim do paradigma do “crime político ou *laesae maiestatis*”, a partir do século XVI.

Não se trata de romantizar o passado, especialmente o período da “justiça penal negociada”, entre os séculos XI e XIII, como uma espécie de “paraíso perdido”, parecendo simplista afirmar, como BRAITHWAITE, que a “justiça restaurativa tenha sido o modelo dominante de justiça criminal na maior parte da história humana e talvez para todos os povos do mundo”²³⁹. Reconhece-se de todo modo, com SBRICCOLI, que as formas jurídicas típicas desse período caracterizaram-se por seu caráter comunitário e fundado no pertencimento, com predomínio da oralidade e lugar importante à iniciativa do ofendido. Vide, por exemplo, as formas de resolução de conflitos dos povos germânicos antes do contato com o Império Romano²⁴⁰. A finalidade era a satisfação daquele, o que não significava, necessariamente, a forma da vingança, mas abarcava também a *compositio* extrajudicial:

Composições, transações e acordos de paz (que necessitavam de ajuste prévio) fazem repousar seu caráter de justiça sobre o elemento da reparação, condição da reconciliação; e se caracterizam por duas linhas principais: a da constrição – penitência – perdão e aquela da

representa; alguns ofendem a segurança privada de um cidadão na vida, nos bens, ou na honra; outros são ações contrárias àquilo que, por lei, cada qual é obrigado a fazer ou não fazer, em vista do bem público. Os primeiros, que são os delitos máximos porque mais danosos, são os chamados de lesa-majestade”.

²³⁷ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 66.

²³⁸ Para ótima síntese de alguns de seus principais conceitos, v. SBRICCOLI, Mario. “Giustizia Criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*., p. 3-44.

²³⁹ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 5: “restorative justice has been the dominant model of criminal justice throughout most of human history for perhaps all the world’s peoples”. O próprio autor admite, em seguida, que é mais correto assumir que formas restaurativas e retributivas conviveram lado a lado em muitas das sociedades “pré-modernas”, por vezes assumindo feições mais brutais que o próprio retributivismo moderno. Também crítico desse tipo de simplificação muito presente na bibliografia em defesa da justiça restaurativa, v. ROCHE, Declan. *Accountability and restorative justice*, p. 13.

²⁴⁰ Sobre o tema, v. também FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Machado, Eduardo Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003 [1973]; HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 113.

punição – retribuição – expiação. Linhas que se não excluem absolutamente (ao contrário, por vezes se entrelaçam ou aparecem em conjunto) e que correspondem, em seu conjunto, a uma noção de justiça forte, emergente, enraizada, aceita e compartilhada.²⁴¹

O olhar moderno encontra dificuldades em interpretar, sob a ótica de seu tempo, as complexas questões antropológicas que demarcam o lugar da vingança e das formas de resolução de conflitos, sendo problemático se estandardizar a compreensão da “história da pena” por meio de fases estanques e bem demarcadas. Especialmente porque tais modelos de mediação e *compositio* tiveram sempre feição substancialmente coletiva, ou seja, a ofensa contra o indivíduo era uma ofensa contra todo o grupo²⁴², não se operando com noções como “sujeito de direito” ou “direito subjetivo”. Com baixo grau de formalização, a “justiça negociada” desprivilegiava a certeza e a “questão da verdade”; por outro lado, não tomavam parte de seus métodos os excluídos da comunidade, como os estrangeiros ou mesmo aqueles que se colocassem “contra” o coletivo²⁴³, demonstrando que também ali o exercício da punição exercia uma função de demarcação e produção de diferenciação social.

A “justiça penal hegemônica ou de aparatos” – *inquisitio!* – forjada entre os séculos XIII e XIV, junto à formação das cidades europeias, fundou-se sobre o incremento do grau de formalização das normas, tudo para a “descoberta da Verdade”, verticalizando-se as relações com a autoridade central. Nesse contexto, culturalmente riquíssimo, em que ascendia a ciência e o conhecimento científico a um papel protagonista e “os julgamentos penais se tornam tarefas de especialistas”²⁴⁴, há uma mutação semântica da própria noção de justiça, distanciando-a dos parâmetros distributivo/ressarcitório em prol da concepção da repressão e “luta contra o crime”. A questão criminal emergia, enfim, como ação política²⁴⁵.

A gestão do sistema processual inquisitório, em âmbito eclesiástico, passou, nesse sentido, pela equiparação da heresia aos crimes de lesa-majestade: pela Bula

²⁴¹ SBRICCOLI, Mario. “L’Inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia.*, p. 139-140: “Composizioni, transazioni e paci (che necessitavano di previa contrattazione) fanno riposare il loro *carattere di giustizia* sull’elemento della *riparazione*, condizione della riconciliazione; e si caratterizzano su due linee modali: la linea della contrizione – penitenza – perdono, e quella della punizione – retribuzione – espiazione. Linee che non si escludono in assoluto (anzi, talora si intrecciano o procedono appaiate) e che corrispondono nel loro complesso ad una nozione di giustizia forte, risalente, radicata, accettata e condivisa”.

²⁴² Nesse sentido, v. CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 25.

²⁴³ SBRICCOLI, Mario. “L’Inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*, p. 141.

²⁴⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 19.

²⁴⁵ SBRICCOLI, Mario. “L’Inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*, p. 143.

Vergentis in senium, do Papa Inocêncio III, em 1199, bem como o IV Concílio de Latrão, em 1215, que alcançou também a justiça laica²⁴⁶. A articulação de um processo voltado à defesa da fé influenciou decisivamente o direito secular, especialmente quanto ao caráter secreto, o predomínio da forma escrita e a ausência quase completa de contraditório. De um lado, a concentração da gestão da prova nas mãos do juiz, e de outro, a posição do imputado totalmente subordinada e sem garantias, produzem um ambiente de suspeita que não tem “vítimas”, mas, com Inocêncio III, somente a “busca da verdade”, em regra por meio da extração da confissão por métodos de tortura, estes, aliás, conseqüências inerentes à própria estrutura, na medida em que o inquisidor “trabalha como quer e decide ele próprio se os indícios bastam ou não”²⁴⁷.

Há em comum os fundamentos teóricos referenciados à consolidação da questão criminal como estratégia de poder e, conseqüentemente, da gestão do sistema penal como meio de governo. Com o paradigma do *crimen laesae maiestatis* – todo crime é uma ofensa ao Rei –, a partir do século XVI, tem-se um novo modelo em cuja base estava um princípio de obediência distante da preocupação com o dano causado a alguém determinado, ou seja, com a lesão a direitos fundamentais individualizados²⁴⁸.

Talvez a primeira grande sistematização das teorias da pena tenha sido aquela de Hugo GROTIUS em 1625²⁴⁹, admitindo a justiça natural no ato de punir, cognoscível pela razão, porém limitada pela aferição da utilidade da punição no caso concreto. GROTIUS, porém, adotou como pressuposto a sociabilidade do ser humano e sua propensão a não buscar tão-somente os próprios interesses, diferentemente de Thomas HOBBS e sua perspectiva antropológica profundamente pessimista porque fundada no medo, uma “alteridade negativa”²⁵⁰. Nesse sentido:

²⁴⁶ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 40; v. também BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, p. 234.

²⁴⁷ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 50. Observa-se, porém, a “cautela historiográfica” ao se traçar relações de continuidade entre as práticas contemporâneas e o processo inquisitório medieval. Especialmente quanto às peculiaridades de sua transposição à colonização do continente latino-americano, onde se pode dizer que a prevalência da intimidação pela ameaça caracterizou um tipo de inquisição “meramente instrutório” e com o propósito de “ampliar e fortalecer o controle de Portugal sobre a Colônia a partir do enquadramento moral de seus habitantes”; cf. BORGES, Clara Maria Roman. “Um outro olhar para além dos sistemas processuais penais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 104, p. 115.

²⁴⁸ Não obstante tudo isso, fala-se na sobrevivência, durante o absolutismo, de modalidades de transação e de uma complexa dialética entre clemência e rigor. Sobre, v. ALESSI, Giorgia. “La giustizia pubblica come ‘risorsa’: un tentativo di riflessione storiografica”. LACCHÈ, Luigi; LATINI, Carlotta; MARCHETTI, Paolo; MECCARELLI, Massimo (ed.). *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, p. 218 e ss.

²⁴⁹ GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*, especialmente Capítulos 20 e 21, no Livro II.

²⁵⁰ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, p. 189.

... Hobbes, negando que o homem seja *zoon politikon*, derivará a sociabilidade do artifício ou da violência. (...). Viver é o mínimo que o homem tenta garantir, ao submeter-se. Entre guerra e paz, não há meio-termo: é radical a oposição da ‘condição natural da humanidade’ ao Estado absolutista. A dominação instaura-se negando o estado natural – e o soberano ou senhor tem poder e direito de oprimir e matar.²⁵¹

Para HOBBS, o conceito de segurança e o fundamento do “direito de punir” se associam ao “cuidado com a própria preservação e, dessa forma, com uma vida melhor”²⁵², definindo a pena, expressamente, como um mal imposto por autoridade pública tendo em vista uma ação ou omissão definida como transgressão da lei e para o fim de “direcionar a vontade dos homens à obediência”²⁵³.

Com Thomas HOBBS, a teorização de um conceito moderno de soberania se confunde com a própria fundamentação contratualista da pena como atributo exclusivo do soberano²⁵⁴, tudo por conta da superação do estado de natureza e da guerra de todos contra todos. Por trás da noção de *ius puniendi* hobbesiana estão já presentes, portanto, não obstante o contexto absolutista, muitos princípios caros ao direito penal liberal, especialmente o princípio da legalidade, inclusive quanto à irretroatividade da lei penal, e a distinção entre crime e pecado²⁵⁵, com sua conseguinte secularização. A imposição da pena, nesse contexto, ganha um caráter eminentemente político e de conservação da ordem e da subordinação ao *Princeps*. Diferentemente, portanto, de uma concepção comunitária de justiça, ou mesmo da justiça pública com elementos negociais e espaços destinados à satisfação da vítima: aqui *não há mais vítima*, podendo-se apontar a absorção da *inquisitio* pela modernidade como o fenômeno social e político responsável pela ressignificação da punição como função do Estado. Nas próprias palavras de HOBBS, enfim, “o objetivo da pena não é a vingança, mas o terror”²⁵⁶.

Com a revolução francesa e o advento do iluminismo, a base do que viria a ser o sustentáculo de uma supostamente nova estrutura de processo na Europa – o “processo misto” – foi o produto da combinação de princípios e leis decorrentes da revolução de 1789 com a Ordenação Francesa de Luís XIV, de 1670, a qual foi sempre apontada como um dos ordenamentos processuais mais importantes dentro dos sistemas

²⁵¹ RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*, p. 55.

²⁵² HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 223 (Cap. XVII).

²⁵³ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 353 (Cap. XXVIII).

²⁵⁴ HÜNING, Dieter. “Hobbes on the right to punish”. SPRINGBORG, Patricia (ed.). *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, p. 222.

²⁵⁵ Respectivamente, v. HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 356 (Cap. XXVIII) e p. 336 (Cap. XXVII). Sobre a importância de HOBBS à configuração do moderno capitalismo, v. COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico*, p. 288-90.

²⁵⁶ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, p. 355 (Cap. XXVIII).

inquisitórios²⁵⁷. Por um lado, portanto, leis com inspiração liberal²⁵⁸; por outro, já invertendo a tendência, o *Code des délits et des peines*, em outubro de 1795, o qual retoma a estrutura inquisitória e autoritária, sob a liderança de Napoleão Bonaparte²⁵⁹. Foi sobre tal base que se elaborou, em França, o *Code d’instruction criminelle*, redigido em 1808 e em vigor a partir de 1811, tido como a semente do “processo misto”, assim descrito por CORDERO:

Formalmente conservada, a velha máquina sofre uma metamorfose: a informação permanece secreta, mas entram duas garantias-cidadãs: formulada a imputação, esses ‘adjoints’ desaparecem e tudo bem publicamente; todo acusado tem direito a um defensor; caem os limites pelos quais se podia recusar testemunhas e fornecer ‘fatos justificativos’; produzida a prova no contraditório, o ato final é uma audiência embrionariamente definida como ‘audiência’ [dibattimento]; (...).²⁶⁰

Consagra-se assim um modelo de processo em duas fases, matriz dos sistemas processuais de base européia-continental nos séculos seguintes, a primeira de base inquisitória, pois a instrução era secreta e sem contraditório, forma de saber-poder e de “autenticar a verdade”²⁶¹, enquanto o oposto viria a ocorrer na segunda etapa, essencialmente processual. Nas palavras de CORDERO, porém, o “espírito inquisitório” passa ao processo misto²⁶², marcado pela preponderância da influência da Ordenação de 1670 na elaboração do *Code* de 1808, em especial no que se referiu ao lugar ocupado pelo imputado. Trata-se de uma falácia porque, na essência, o sistema não pode ser misto:

O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundária) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por fim, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador (...).²⁶³

Segundo CORDERO²⁶⁴, a fórmula bifásica, consagrada pelo *Code d’instruction criminelle* francês, em 1808, foi recepcionada em toda a Europa continental e em especial na Itália, perpassando as diversas novas codificações. SBRICCOLI, mesmo ressaltando as peculiaridades dos procedimentos inquisitórios em relação à “justiça

²⁵⁷ RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*, v. I, p. 23.

²⁵⁸ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 60-64.

²⁵⁹ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 70.

²⁶⁰ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 39.

²⁶¹ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 77-78.

²⁶² CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, p. 459.

²⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 17-18.

²⁶⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 74-104.

pública” ordinária do segundo Medievo, sublinha as semelhanças estruturais entre ambas:

O processo inquisitório é estruturado do mesmo modo que o processo penal público: a mesma ação (a partir da acusação, denúncia, ou *notitia criminis*), as mesmas regras da *inquisitio* (a geral, a especial), as mesmas práticas e cautelas para os interrogatórios, as mesmas regras para a tortura, os mesmos critérios para valoração das provas e dos indícios, o mesmo *arbitrium* concedido ao juiz na irrogação da pena: daí a amplíssima gama de sanções figurativas, simbólicas ou alusivas, medicinais, penitenciais ou autenticamente penais que os juízes de inquisição aplicam de caso em caso.²⁶⁵

Ocorre que muitas das características notadas, à época, como traços do processo inquisitório, acabaram sendo transpostas e passaram a integrar o processo penal, sem qualquer movimento de ruptura. Segundo SBRICCOLI, ainda, o estudo dos “crimes políticos” permite o decifrar de um determinado código social e de uma estrutura de poder que se faz permanente e perene também na sociedade moderna²⁶⁶. Portanto, a estrutura medieval do *crimen laesae maiestatis* muda com as transformações sociais, mas adapta-se, transfigura-se, amolda-se.

Antes, a construção, pelos juristas, do príncipe como “metáfora do Estado”²⁶⁷; depois, de acordo com Arno DAL RI JR, “o imaginário coletivo substitui o atentado à figura do velho rei-soberano pela figura do atentado à ordem-soberana”²⁶⁸. Ofensas ao *princeps* não poderiam, em face de seu caráter sacro, encontrar punição terrena, assim se legitimando o incremento da severidade das penas em forma de suplício e o que SBRICCOLI denominou “liturgia da obediência” a qual, segundo o autor, subsistiu sob o manto do postulado iluminista da igualdade formal como função estrutural da concepção de crime político²⁶⁹.

Notou DAL RI JR. que dos 484 artigos do *Code Pénal* napoleônico, que serviu de base para a maioria das legislações continentais, 197 se referiam a delitos contra a autoridade do Estado²⁷⁰. Similarmente, durante a elaboração dos *Codici* italianos na década de 30, Arturo ROCCO definiu “direito de punir” como o direito de conservação

²⁶⁵ SBRICCOLI, Mario. “L’Inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*., p. 134: “Il processo inquisitorio è strutturato allo stesso modo del processo penale pubblico: la stessa azione (muove da accusa, denuncia, fama, o *notitia criminis*), le stesse regole dell’*inquisitio* (la generale, la speciale), le stesse prassi e cautele per gli interrogatori, le stesse regole per la tortura, gli stessi criteri per la valutazione delle prove e degli indizi, lo stesso *arbitrium* concesso al giudice in ordine all’irrogazione della pena: da cui l’amplissima gamma di sanzioni figurative, simboliche o allusive, medicinali, penitenziali o autenticamente penali che i giudici dell’inquisizione applicano di caso in caso”.

²⁶⁶ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 4.

²⁶⁷ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 80 e ss.

²⁶⁸ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 203.

²⁶⁹ SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 141 e ss.

²⁷⁰ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 209.

e defesa do próprio Estado, sendo sintomático o endurecimento da repressão aos crimes políticos durante o fascismo e outros regimes autoritários²⁷¹.

A ideia de violação ao soberano permanece hoje, ao fundo, como fundamento dos processos de criminalização, mesmo se adaptados às diferenças culturais próprias de cada experiência histórica. É claro que não há concepções idênticas, mesmo porque nunca houve uma *fattispecie* precisa e bem definida do crime lesa-majestade. O que se tem é um ponto comum decisivo, segundo o qual, seja em que forma estiver, o objetivo é a “persecução quanto a qualquer forma de atentado ao sistema de poder enquanto tal”²⁷². Tornou-se recorrente dizer, inclusive, que o Estado seria o “sujeito passivo constante” de todos os crimes e a vítima propriamente dita apenas o “sujeito passivo eventual”²⁷³. Tudo isso ganha grande relevo, em suma, porque, sendo o caso de se opor às práticas que resgatam a participação ativa dos envolvidos em nome do liberalismo penal, parece fundamental que reste bem claro o que efetivamente se está defendendo.

2.5. Do fundamento político-filosófico

Nesse contexto e pressupondo a adesão à matriz contratualista hobbesiana, seria evidente a pertinência da fundamentação politicamente liberal do direito penal moderno, como limite possível ao arbítrio estatal e voltado à garantia da liberdade individual do cidadão. Trata-se, porém, de uma promessa perenemente vã. Com Eligio RESTA, constata-se que a aposta fundamental da modernidade é fundada em uma ambivalência decisiva: a violência ritualizada e monopolizada seria a única possibilidade de interromper a violência difusa, mimética, mas sendo também violência, funcionaria

²⁷¹ Vale observar, de todo modo, que Nelson Hungria, um dos principais elaboradores do Código Penal brasileiro de 1940, criticou duramente o direito penal fascista e nazista, verificando-se que, na verdade, a tradição política autoritária por detrás do *Codice Rocco* se fez presente de forma mais direta na Lei de Segurança Nacional de 1935 do que nos códigos penal e processual penal; tudo cf. DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, p. 267. Não se pode negar, porém, tratar-se de um *jogo dúbio* de HUNGRIA, na medida em que ocupou um lugar de referência acadêmica de um governo que acabou por apoiar o regime fascista.

²⁷² SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis*, p. 187: “persequire ogni attentato al sistema di potere in quanto tale”.

²⁷³ Sobre, v. pertinente crítica em BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 64-65: “O primeiro, conceito de sujeito passivo constante, não pode ser analisado a partir da compreensão de que ‘todo crime atinge o Estado ou a sociedade’, vítima esta definida em abstrato a partir da norma que tipifica certa conduta como ilícito penal, já que não é possível reconhecer um ‘sujeito passivo’ com base em critérios axiológicos e da compreensão da existência de correlação entre dever e direito, mas sim a partir do caso concreto, tornando-se inadequada a compreensão do Estado como vítima constante, sob o marco da teoria do discurso; o segundo, sujeito passivo eventual, ou seja, a verdadeira vítima do delito somente poderá ser definida a partir do caso concreto”.

como um veneno que se converte em antídoto²⁷⁴. Porém, como se depreende do conceito de *pharmakon*, só haveria efetivamente antídoto se em doses moderadas, sem excesso, sob pena de tornar a ser veneno, concentrando-se nesta tentativa de contenção todo o esforço do iluminismo penal²⁷⁵. Seria realmente possível diferenciar direito e violência, estabelecendo-se distinção estanque entre uma violência legítima, “weberianamente” regulada e racionalizada, e outra ilegítima, a ser simplesmente contida? Até que ponto é possível conter algo utilizando instrumento com o mesmo conteúdo do que se pretende conter?

Para RESTA, supor que o direito pode regular a guerra, prevalecendo sobre a dimensão da decisão política, é uma ilusão²⁷⁶. A grande aposta seria, esta sim, a construção de um “direito fraterno”, justamente porque não fundado sobre a inflicção de violência e na dicotomia “amigo/inimigo”, mas na abertura consciente de espaços à diferença: para tanto, deixando para trás as premissas hobbesianas, o conflito deve ser visto e aceito em sua riqueza e complexidade, e não reduzido às formas de sua regulação tendo por escopo sua supressão²⁷⁷.

A partir do momento em que se começa a cogitar a possibilidade de uma “censura restaurativa” porque construída com a participação ativa dos envolvidos, o debate tem seu foco deslocado e ressignifica a “velha oposição” entre retributivismo e utilitarismo na direção da assunção de uma postura normativa, de inclusão e integração, o que no âmbito da filosofia política não se coaduna com o individualismo que é próprio do pensamento liberal.

Há um liame evidente, embora não direto nem equivalente, entre a fundamentação liberal da pena e suas justificações modernas, tanto retributivas e neoretributivas como aquelas de matriz utilitarista. Mesmo não havendo um sentido unívoco de “liberalismo”, LACEY indica como caracteres comuns os conceitos de individualismo e racionalidade²⁷⁸, seja conjugados, na linha retributivista, com a rejeição de qualquer forma de “paternalismo” estatal, seja relidos a partir do princípio da utilidade.

Não obstante incontroversa a importância do liberalismo no que tange à preocupação com o abuso de poder pelo Estado, reconhece-se como sua fraqueza a

²⁷⁴ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, p. 28.

²⁷⁵ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, p. 47.

²⁷⁶ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza*, p. 92.

²⁷⁷ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 74-75.

²⁷⁸ LACEY, Nicola. *State Punishment*, p. 143 e ss.

“desconfiança do social, a primazia do indivíduo”²⁷⁹ o que, no âmbito da questão penal, repercute paradoxalmente no sentido de legitimar a funcionalização da pena como meio de “defesa social”, exatamente porque se não é capaz de compreender o “fato punido” e a violência senão como fenômeno individual.

Questão maior que se coloca, nesse sentido, é se haveria espaço para um repensar da fundamentação da pena, como instituição política, a partir do republicanismo. Mesmo sem qualquer pretensão de aprofundamento nesse denso debate, é pertinente levar em conta a reflexão de Roberto GARGARELLA quando busca aproximar o republicanismo e o liberalismo igualitário²⁸⁰, afastando-se apenas do liberalismo conservador, levando sua reflexão também ao âmbito da questão da pena.

GARGARELLA parte, em primeiro lugar, da teoria da justiça de John RAWLS²⁸¹, quem, como visto, defendera para a pena uma justificação eclética e prevalentemente consequencialista, afastando-se da ideia de “merecimento”. Sua teoria da justiça, porém, fora apresentada com características diversas da aplicação que o próprio autor faz em relação à pena, na medida em que esta última tem traços claramente utilitaristas. Em forte síntese, sua base teórica parte de uma ideia de “contrato hipotético” formulado em condições ideais – diferentemente de HOBBS – nas quais todos os participantes se encontrariam em uma “posição originária” caracterizada pelo que chama de “véu de ignorância”, ou seja, desconsiderando-se as diferenças sociais, políticas, econômicas. Tendo tal posição originária como ponto de partida, as escolhas relativas à distribuição dos “bens sociais primários” na sociedade convertem-se em uma questão eminentemente deliberativa, definindo-se justiça como equidade, atenta ao respeito à diferença de modo impessoal, já que sob o “véu da ignorância” ninguém sabe ao certo se ocupará o lugar do diferente ou não. Trata-se do que RAWLS denomina “loteria natural e social”, fazendo com que seja resguardada a condição de quem ocupar o “pior lugar”.

GARGARELLA demonstra, a partir das releituras e críticas realizadas à teoria de RAWLS, como pode ser temerário depositar todas as fichas na filosofia política liberal para resguardo do direito à liberdade diante do Estado, especialmente se esse tipo de fundamentação política conduz à consagração do retributivismo. Vide, por exemplo,

²⁷⁹LACEY, Nicola. *State Punishment*, p. 163: “there remains a residue of distrust of the social, of the primacy of the individual, ...”.

²⁸⁰GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 210 e ss.

²⁸¹RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4ª ed. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2010 [1971]. Sobre, v. também VECA, Salvatore. *La filosofia politica*, p. 33 e ss.

o pensamento de Robert NOZICK, que defende um Estado “ultramínimo” e unicamente voltado à proteção do indivíduo contra o abuso no uso da força²⁸². Haveriam, nesse sentido, somente direitos de não-interferência, utilizando a mesma expressão da teoria da “vantagem injusta” de Herbert MORRIS. Para NOZICK, a teoria de RAWLS seria “insuficientemente liberal”²⁸³. Quando trata da pena, NOZICK defende o retributivismo como justificação, fundado no merecimento²⁸⁴: o autor inicia pela análise das características hipotéticas de um “sistema de punição aberta”, no estado de natureza, pertencendo a todos o “direito de punir”, até que uma “associação de proteção permanente”, como o Estado, torne-se “dominante” e passe a ser a única a exercer, de fato, o direito de proibir²⁸⁵.

O republicanismo, a seu turno, é filosofia política caracterizada, não obstante também não seja um conceito unívoco, pela rejeição de toda forma de “dominação”: “a reivindicação da liberdade – a ausência de domínio; a vida em um ‘estado livre’ – unificaria, de forma resumida, as distintas versões republicanas”²⁸⁶. Para que a lei não signifique uma violação do domínio, ela também deve ser elaborada em um contexto sem dominação, em torno do que se definiu como princípio do “autogoverno coletivo”, ou seja, através de mecanismos concretos de suporte à cidadania ativa e ao controle dos cidadãos sobre seus representantes²⁸⁷.

A ideia de liberdade republicana não é de uma mera esfera de não-interferência, mas sim “ausência de dominação”²⁸⁸; não se trata somente da fixação de limites, mas concerne à ampliação dos direitos políticos de participação e se preocupa com as

²⁸² NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*, p. 112 e ss.

²⁸³ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 33.

²⁸⁴ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*, p. 176: “pode-se tentar deduzir o direito de punir de outras considerações de ordem moral, como o direito de proteger, associação à percepção de que os limites morais dos criminosos mudam. Pode-se aceitar uma teoria de proibição moral de tipo contratual e defender que aqueles que violam os limites do outro perdem o direito de que determinados limites seus sejam respeitados. (...). Determinado delito dá aos outros a *liberdade* de ultrapassar certos limites (a falta do dever de não fazê-lo); os detalhes podem ser os de alguma teoria retributiva”. Destaca-se a observação de NOZICK que “diferentemente da indenização, a punição não é devida à vítima”, cf. *Ibidem*. Para mais, v. NOZICK, Robert. *Philosophical Explanations*. Oxford University Press, 1981.

²⁸⁵ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*, p. 176-181. Mesmo assim, segundo o autor, “pode haver discordância acerca da intensidade da punição que determinado ato mereceria e acerca de quais atos devem ser punidos”.

²⁸⁶ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 186.

²⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 191.

²⁸⁸ Sobre o tema, v. PETTIT, Philipp. *Republicanism: a theory of freedom and government*. New York: Oxford, 1999.

omissões do Estado no que tange às condições de exercício dos direitos fundamentais, assim como, neste ponto, o liberalismo igualitário²⁸⁹.

O principal ponto de tensão reside na relação entre as esferas pública e privada, na medida em que o pensamento republicano exalta “virtudes” necessárias ao “bem comum”, o que no âmbito penal pode vir a distorcer o ideal de “autogoverno coletivo”²⁹⁰ e convertê-lo na velha defesa social que sacrifica indivíduos pelo coletivo, mormente na realidade latino-americana marcada pela violência estatal e a desigualdade nas relações políticas e econômicas. Embora o sistema penitenciário esteja muito distante da caracterização como “republicano”, pois viola escandalosamente o princípio da não-dominação, o discurso de promoção de determinados valores e ideais de excelência humana, contra o ócio, em prol do trabalho subordinado, convertendo “vagabundos” em “máquinas republicanas”, e assim por diante, sempre esteve presente e deve ser lembrado em seus desdobramentos e consequências.

Toda cautela é necessária, portanto, ao se falar em prevalência de parâmetros elaborados coletivamente por sobre os direitos individuais, com base no pensamento republicano. Quando se fala na pena como fato de poder e no manejo do conhecimento jurídico como política de “redução de danos”, restringindo-se o Estado a servir de instância de garantia, a fundamentação do direito penal como limite do arbítrio não fugirá de sua base liberal. A questão é que este não é um enfoque normativo, mas fundado na realidade empírica de violência e abuso do sistema penal, não se admitindo a atribuição de qualquer função positiva à pena. A perspectiva republicana, por outro lado, viria à baila na ampliação do horizonte normativo de compreensão sobre a ideia de “censura”, para além da pena estatal, havendo pontos de aproximação importantes na fundamentação política de outras práticas possíveis, fundadas na não-aflitividade e na participação ativa dos envolvidos. GARGARELLA critica com contundência, nesse sentido, a própria eticidade de uma postura *normativa* em torno do “direito penal mínimo” (admitir-se-ia a “tortura mínima”?, pergunta) porque socialmente descomprometida:

²⁸⁹ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 213. Na conjugação entre republicanismo e liberalismo igualitário sugerida pelo autor, há diferenças na priorização do autogoverno coletivo, no primeiro, e da autonomia individual, do segundo, mas ambos admitiram o ideal de autogoverno em suas concepções de democracia.

²⁹⁰ A essa objeção, busca responder GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, p. 220-221: “Um entendimento habitual, sensato, da ideia de autogoverno deve dar conta da importância que atribuímos tanto ao controle coletivo sobre os destinos da comunidade como à importância que damos à possibilidade de que cada pessoa escolha por si mesma a direção que quer imprimir a sua vida”.

o objetivo do republicanismo não é a minimização da violência ou a retirada do Estado, mas sim a contribuição à integração social e ao fortalecimento dos vínculos interpessoais. (...) Não basta, desde este ponto de vista, deixar de novo na rua aquele que na rua pode ser – e, previsivelmente, voltará a ser – perseguido e marginalizado, mas se trata de impedir a possibilidade que siga sendo, de que continue sendo perseguido e marginalizado²⁹¹.

Não é tão simples, como se vê, construir uma perspectiva republicana sobre a pena. Por exemplo, é problemática a proposta conjunta de Philip PETTIT e John BRAITHWAITE que defende, em síntese, uma concepção de liberdade não atomística, não como mero espaço de não-interferência, tal como os neoretributivistas liberais, mas como noção que leva em conta a dimensão do social, da cidadania, do pertencimento a uma comunidade política, enfim, tudo o que sintetizam no conceito de “domínio”, entendido como “o status social que você apresenta quando não tem um menor prospecto de liberdade do que ninguém em sua sociedade, e quando isso é de comum conhecimento entre você e os outros”²⁹². O objetivo do sistema penal, segundo BRAITHWAITE e PETTIT, seria “maximizar o domínio”, coibindo a restrição indevida dessa esfera de liberdade ocasionada pela produção de dano a outrem. O desenvolvimento de sua teoria, porém, tem desdobramentos que pouco se diferenciam do sistema penal ocidental de fundamentação liberal: afirmam a necessidade de parcimônia, mas não são capazes de se libertar do tradicional escopo de prevenção geral negativa ou do uso da pena privativa de liberdade²⁹³.

Já a crítica de GARGARELLA vai mais longe, problematizando a forma de elaboração das leis penais como causa de “alienação legal” a viciar o potencial expressivo/comunicativo da pena²⁹⁴ e sugerindo a sua impossibilidade e ilegitimidade

²⁹¹ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 39: “el objetivo del republicanismo no es la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social y al fortalecimiento de los vínculos interpersonales. (...) No basta, desde este punto de vista, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele ser – y, previsiblemente, volverá a ser – perseguido y marginado, sino que se trata de bloquear la posibilidad de que lo siga siendo, de que siga siendo perseguido y marginado”.

²⁹² BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts*, p. 85: “the social status you perfectly enjoy when you have no less a prospect of liberty than anyone else in your society and when it is common knowledge among you and others that this is so”.

²⁹³ BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts*, p. 79, 89, 104.

²⁹⁴ A construção de uma noção de “justiça” alinhada com o republicanismo e uma concepção deliberativa de democracia passa pelo princípio do discurso de Jürgen HABERMAS, que condiciona a validade dos enunciados a condições de igualdade de participação em sua formulação, de modo que “todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. v.1, p. 142-145. O consenso, em condições ideais, é afirmado como condição de legitimidade para as formulações decorrentes da ética do discurso. Todavia, há ao menos duas dificuldades significativas. Primeiramente não é possível tomar, como premissa, a idealização de consensos em uma realidade como aquela latino-americana, historicamente marcada pela privação das necessidades mais básicas à sobrevivência. Também aqui se restringindo à mera indicação, faz-se referência à crítica da *ética da libertação* de DUSSEL, cujo princípio da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de

em contextos de desigualdade extrema²⁹⁵. A resposta republicana ao delito, na ótica do autor, deve ser “contra o castigo e a exclusão”, uma “resposta inclusiva e orientada à comunidade, que considere toda pessoa como um agente moral, não apenas racional, e uma resposta através da qual a comunidade possa expressar seu juízo de reprovação por sobre as ações do ofensor”²⁹⁶, enquanto, no sistema penal tradicional, há o propósito expresso de *impedir* que a comunidade se expresse nesse sentido.

A distinção entre censura e castigo é o ponto fundamental, e com ele há concordância com ao menos uma das conclusões de BRAITHWAITE e PETTIT, quando afirmam a inexistência de conexão necessária entre a censura e a representação tradicional de punição, sendo possível “reprovar” também por “meios não punitivos de expressão da desaprovação do coletivo”²⁹⁷.

A rejeição do individualismo é apontada como a razão de diferenciação entre esta perspectiva e as justificações retributivistas e utilitaristas, que teriam nesse sentido uma fundamentação liberal e um liame necessário para com a natureza socialmente excludente da pena. Para GARGARELLA, todas as respostas tradicionais ao crime são excludentes e constituem “a pior reação possível”²⁹⁸. É necessário reconhecê-lo e rejeitar a pena privativa de liberdade, justamente por isso, buscando formas de censura em comunidade que sejam incluídas e distintas do “castigo”.

A opção de GARGARELLA por uma concepção comunicativa de censura que não necessita do “castigo”, ou seja, da afluência, para expressar censura, é o fundamento do que se busca defender neste trabalho. Trata-se de “devolver à comunidade” parte dos poderes exercidos pelo Estado, para expressão de censura; trata-se de responsabilizar pela via da alteridade, rejeitando-se todo enfoque paternalista ou

*cada sujeito ético em comunidade se sustenta no resgate de uma dimensão antropológica colocada como anterior à própria linguagem, redefinindo o ser humano na dimensão de sua corporalidade; cf. DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão, p. 93 e ss. Em outros termos, “para falar é preciso comer”, subsumindo-se um dever ético de crítica diante da constatação descritiva das situações de injustiça e miséria do continente latino-americano. Em segundo lugar, nas práticas restaurativas é preciso se abrir ao conflito e ao dissenso, o que pode não se adequar ao sentido habermasiano de “consenso”, cf. WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 37.*

²⁹⁵ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 18, 27.

²⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 35, 60.

²⁹⁷ BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts*, p. 209: “não vemos nenhuma conexão presumível entre reprovação e punição como tradicionalmente concebida; pensamos que ela pode muitas vezes ser melhor promovida, por exemplo, através de meios não-punitivos de expressão da desaprovação da comunidade”. No original: “we do not see any presumptive connection between reprobation and punishment as traditionally conceived; we think that often it may best be promoted, for example, by non-punitive means of expressing community disapproval”.

²⁹⁸ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 37.

moralista presente nos objetivos de reforma do indivíduo²⁹⁹; de construir um processo comunicativo direcionado ao estabelecimento de um “diálogo moral” com o ofensor, dentro de uma concepção deliberativa de democracia³⁰⁰, definindo o autoreconhecimento do dano causado como mais importante que qualquer “castigo”. Denominações pertinentes à “justiça restaurativa” ou às “práticas restaurativas” são possíveis expressões desses princípios, mas não as únicas: o próprio GARGARELLA trata-as como uma das possibilidades de resposta republicana ao delito, desde que se atente a qual “*status quo*” se estará “restaurando”³⁰¹.

A demanda por justiça que tão claramente emerge das falas colhidas nas entrevistas referidas no capítulo primeiro se refere, afinal, a que tipo de atitude? Se assumida uma perspectiva de compensação por meio da imposição de sofrimento ao responsável pelo dano, como quantificar e valorar tal ato? Seria viável, afinal, esse “fazer justiça”? Quiçá não seja, enfim, a filosofia de Jacques DERRIDA a mais adequada a se levar em conta na discussão do sentido da censura no sentido proposto, especialmente sobre o sentido político do perdão. Para este autor, a experiência de justiça é definida como “experiência do impossível”, sendo, assim, uma *aporia*³⁰². A experiência da justiça como *aporia* só fará sentido se adotada uma atitude “desconstrutivista”, a qual reconhece a inerente instabilidade do direito, sem que se possa apontar um ato fundador, a não ser se reconhecido seu elemento místico e violento. A ordem jurídica seria, assim, sempre passível de desconstrução, e tal desestabilização da política e do direito seria instrumento de mediação social diante da fragmentação e do caos³⁰³. Se não há justiça no direito senão como *aporia*, não há possibilidade para “que a justiça seja feita” na regulação formal das práticas de censura: a “assombração do indecível” de que fala DERRIDA emerge com clareza na impossível delimitação de uma “pena justa” ou “proporcional”, seja em concreto, seja em abstrato.

De acordo com alguns dos mais críticos e ponderados estudiosos da justiça restaurativa, a filosofia de DERRIDA pode efetivamente contribuir muito para que as

²⁹⁹ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 45-48.

³⁰⁰ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 70.

³⁰¹ GARGARELLA, Roberto. *Da injusticia penal a la justicia social*, p. 68.

³⁰² DERRIDA, Jacques. “Force de loi: le fondement mystique de l’autorité”. *Cardoso Law Review*, p. 946.

³⁰³ KOZICKI, Katya. “A política na perspectiva da filosofia da diferença”. OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (org.). *Filosofia política contemporânea*, p. 142-145.

práticas restaurativas sejam capazes de lidar, autocriticamente, não apenas com o dano isoladamente tomado, mas como possível indicativo de conflitos anteriores e violências estruturais³⁰⁴. Com a mediação e outras práticas similares, a “novidade” consiste na própria possibilidade do perdão, viabilizado, segundo DERRIDA, se houverem as condições para uma compreensão mútua entre as partes sobre a natureza do dano causado, do erro cometido, da responsabilidade; em suas palavras:

Assim que a vítima ‘compreende’ o criminoso, assim que ela troca, fala, concorda com ele, o cenário para a reconciliação começou, e com ele esse perdão ordinário que não é nada senão perdão. Mesmo se eu disser ‘Eu não te perdoo’ para alguém que pede meu perdão, mas é alguém a quem eu compreendo e que me compreende, então um processo de reconciliação teve início.³⁰⁵

Reconhecendo a emergência do tema do perdão no debate público internacional durante o século XX, a partir da figura dos crimes contra a humanidade, DERRIDA fala em uma “urgência universal de memória”³⁰⁶ e da necessidade de se voltar os olhos ao passado para fazer dele um registro dotado de significado. Seu “sonho” foi diferenciá-lo do exercício do poder de graça pelo soberano, desconectando o ato do perdão das relações de força, de soberania, e reconhecendo-o em seu caráter excepcional e extraordinário³⁰⁷.

Não se trata nunca de exigir o perdão, que, como se verá, sequer constitui princípio fundamental das práticas restaurativas. A questão é sobre a impossibilidade do “fazer justiça” no caso concreto, o que pavimenta o caminho para se pensar além da punição como ato formal, rumo à tomada em conta do conflito real, do drama humano, à abertura de canais criativos de diálogo e formas simbólicas de reparação e responsabilização.

³⁰⁴ Vide WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 38-9. Similar, v. importante crítica em PAVLICH, George. “Deconstructing restoration: the promise of restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 454.

³⁰⁵ DERRIDA, Jacques. *On cosmopolitanism and forgiveness*, p. 48-49: “As soon as the victim ‘understands’ the criminal, as soon as she exchanges, speaks, agrees with him, the scene of reconciliation has commenced, and with it this ordinary forgiveness which is anything but forgiveness. Even if I say ‘I do not forgive you’ to someone who asks my forgiveness, but whom I understand and who understands me, then a process of reconciliation has begun”.

³⁰⁶ DERRIDA, Jacques. *Le Siècle et le Pardon*, p. 104; também em DERRIDA, Jacques. *On cosmopolitanism and forgiveness*, p. 28.

³⁰⁷ DERRIDA, Jacques. *Le Siècle et le Pardon*, p. 133; e em DERRIDA, Jacques. *On cosmopolitanism and forgiveness*, p. 44: “se alguém tem o direito de perdoar, é somente a vítima, e não uma instituição terceira”; no original: “if anyone has the right to forgive, it is only the victim, and not a tertiary institution”.

CAPÍTULO 3 CENSURA E CONTROLE SOCIAL

3.1. Restauração, controle social e aflitividade

Há duas questões a serem conjugadas neste ponto, concernentes a uma ampliação do conceito de controle social mediante o resgate de sua crítica sociológica e à problematização da natureza aflitiva da punição, que acaba por tocar a definição do que vem a ser, afinal, a restauração de que trata a justiça restaurativa.

Tanto o debate entre retribuição e utilitarismo, de um lado, como boa parte das críticas deslegitimantes da pena, de outro, parecem partir de uma mesma premissa, segundo a qual falar em controle social – e com ele a produção de coesão e censura – consiste em falar de uma função estatal. Mesmo quando ZAFFARONI inclui, em um conceito amplo de pena³⁰⁸, o que denomina como seus elementos negativos e as ações ilícitas de agências oficiais do sistema, não escapa a esse prisma que reduz a concepção de controle social à sua dimensão vertical.

A segunda questão, tomada em conjunto à primeira, diz respeito à recorrente associação da aflitividade ao próprio conceito de pena ou punição: mesmo dentre as teorias preventivas que concebem a pena como “terapia”, espera-se alguma dose de “castigo” para que a medida seja percebida como efetivamente punitiva. Nesse ponto concordam, cada qual à sua maneira, tanto autores filiados a uma teoria eclética com ênfase utilitarista, como Herbert Lionel HART e Franz VON LISTZ³⁰⁹; ao neoretributivismo que busca ancorar o grau de censura ao princípio da proporcionalidade, como VON HIRSCH³¹⁰; como também autores abolicionistas como Nils CHRISTIE, para quem o ato de punir deve ser descrito como a infligência intencional de dor a outrem³¹¹. Pode-se ponderar que a melhor expressão não seria exatamente “causar a dor” – na remota hipótese de se executar uma pena de morte de maneira absolutamente indolor³¹² – mas “causar um dano” ou, simplesmente, assumir que para ser pena a medida “deve fazer mal a alguém”.

³⁰⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 57, ressaltando tratar-se de uma definição *constitucional*, e não de um conceito pré ou metajurídico.

³⁰⁹ HART, Herbert. “Prolegomenon to the Principles of Punishment”. *Punishment and responsibility*, p. 4-5; VON LISTZ, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, p. 199.

³¹⁰ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, p. 31 e ss.

³¹¹ CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*, p. 103.

³¹² Cf. BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 6 e ss., ponderando as possíveis objeções ao *dano* como elemento do conceito de pena, como, por exemplo, a possibilidade de benefícios a longo prazo ao punido; a existência de eventuais masoquistas que não estariam exatamente “sofrendo” com a pena imposta; ou a natureza não-aflitiva de outras modalidades de pena que não a privação de liberdade ou a

Sob outro prisma, trata-se de um elemento também perceptível na economia política da pena, especialmente na hipótese explicativa de RUSCHE e KIRCHHEIMER³¹³ sobre as mudanças nas formas de punir ao longo da história quando definiram como regra estrutural aquela da “menor elegibilidade” (no original, “*less eligibility*”), segundo a qual as condições materiais do cárcere seriam sempre inferiores às condições do extrato mais carente da classe trabalhadora.

Do ponto de vista normativo, porém, a necessidade do sofrimento pode até constituir elemento do conceito de pena, mas sua aproximação a qualquer modalidade de censura é problemática³¹⁴, levantando-se a questão sobre qual seria a relação, afinal, entre retribuição e restauração. Trata-se de restaurar ao invés de punir ou, trocando as palavras, punir restaurando e não violentando e estigmatizando? Em outros termos, se assumida, com FEINBERG³¹⁵, uma função comunicativa ou expressiva para a pena, que denuncia/comunica um juízo de reprovação, seguiria em aberta a questão sobre a imprescindibilidade do *hard treatment* para a diferenciação em relação às outras formas de sanção.

Para Anthony DUFF³¹⁶, a dicotomia entre restaurar e retribuir seria equivocada porque possível e necessário alcançar o objetivo de restauração através de, não evitando, um modelo retributivo de punição. A mediação penal seria, assim, apenas uma outra forma de punir porque, a seu modo, também produz sofrimento e censura. Porém, sua proposta supervaloriza um dos aspectos que são realmente levados em conta no prisma restaurativo, que é a restauração “da comunidade” – ou seja, a função expressiva de FEINBERG – mas em detrimento da atenção ao caso concreto que abarca o ofendido e o ofensor; para esses, tratar-se-ia de mera “reparação/compensação”, e não de restauração.

Partindo da premissa de que crimes não são simplesmente a produção de dano a alguém, mas condutas reprováveis perante toda a coletividade, DUFF acaba também

pena capital. O autor rejeita todas as objeções, entendendo que a imposição de um dano ou sofrimento efetivamente *constitui* a própria noção de pena.

³¹³ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

³¹⁴ BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, p. 194; também BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*, p. 19-20. Similar, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*, p. 94-95: “boa parte da dimensão preventiva do Direito Penal radica em seu significado comunicativo”, enfatizando que isso seria viável “sem necessidade de aumentar o sofrimento efetivo dos sujeitos afetados”.

³¹⁵ FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, p. 400.

³¹⁶ DUFF, R. Anthony. “Restorative punishment and punitive restoration”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 382 e ss. Similar, v. DALY, Kathleen. “Restorative justice: the real story”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 364-5.

reduzindo e subjugando a riqueza do conflito exclusivamente à moldura normativa que justifica a punição, deixando de lado a possibilidade de empoderamento da vítima para, uma vez mais, definir seu papel como meramente coadjuvante perante o interesse público.

Para WALGRAVE, com posição diversa, a produção de sofrimento na justiça restaurativa pode ocorrer, mas nesse caso seria mero efeito colateral, não um objetivo ou elemento necessário do processo, podendo servir como critério de redução da afliatividade da medida restaurativa acordada, jamais para aumentá-la³¹⁷. Para DUFF, enquanto isso, trata-se de elemento constitutivo dos objetivos das práticas restaurativas³¹⁸.

O conhecido texto de Howard ZEHR que fala em “trocar as lentes”, publicado em 1990³¹⁹, fazia justamente uma apresentação da justiça restaurativa contrapondo-a à “justiça retributiva”, estabelecendo entre elas uma clara dicotomia. Ele mesmo traz ponderações à sua posição, porém, no posfácio à 3ª edição, vindo a concordar que retribuição e restauração são teoricamente similares, porém distinguem-se na “moeda” utilizada: o sofrimento na primeira e restauração, em todas suas facetas, na segunda, reconhecendo que “pintar a retribuição e a restauração como mutuamente excludentes acaba por diminuir as possibilidades de exploração de traços comuns e interesses mútuos”³²⁰.

Em direção similar, recente trabalho de Ross LONDON sugere como necessária a manutenção da natureza punitiva de qualquer reação institucional ao crime, defendendo, porém, sua ressignificação mediante um novo escopo para a censura, qual seja, a “restauração da confiança básica” perdida no cometimento do crime. Sua premissa é a definição do crime como violação do princípio da confiança e do altruísmo recíproco³²¹, noção de inspiração contratualista através da qual cada um mantém o autocontrole e se abstém da agressão aos demais, confiando que o mesmo será feito por todos: nesse sentido, a expectativa de justiça ou percepção de injustiça restariam conexas à cooperação ou não-cooperação do outro em relação a tais expectativas de

³¹⁷ WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 63 e ss.

³¹⁸ DUFF, R. Anthony. “Restorative punishment and punitive restoration”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 393.

³¹⁹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 61 e ss.

³²⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 259-260.

³²¹ LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 60.

reciprocidade³²², sendo por este motivo, segundo o autor, tão intenso o impacto emocional da ausência de punição para aqueles que passam por uma experiência de vitimização³²³.

A proposta de LONDON é interessante na medida em que, ao situar a “restauração da confiança recíproca” como escopo primevo de qualquer forma de reação ao crime, traz a deslegitimação das formas convencionais da pena estatal como uma inexorável consequência, valorizando-se, em contrapartida, justamente as dimensões relacionadas ao empoderamento da vítima, à responsabilidade do ofensor e ao envolvimento e participação ativa das respectivas comunidades de suporte. Todavia, o autor mantém a pena em sua acepção tradicional como um possível componente a ser utilizado, mesmo se redefinido como um meio para a restauração.

Nils CHRISTIE desconfia desse tipo de aproximação, argumentando que qualquer combinação entre punição e mediação seria “colher o pior dos dois produtos”³²⁴, seguindo firme no sentido da construção de uma base teórica anti-retributiva. Mas o sentido de rejeição à vingança não corresponde, com precisão, à maioria das teorias retributivistas.

Segundo LONDON, se a “pena é apenas um dos vários componentes no resgate da confiança, a maximização de outros fatores no processo de recuperação da confiança minimiza o recurso à pena”³²⁵. O ponto fulcral, e que não está claro no texto do autor, é qual o papel ocupado pelas concepções tradicionais de pena nessa proposta: *nada de novo no front* se elas seguirem legitimadas como meios de coerção direta e indireta, mesmo se convivendo com alternativas penais, um discurso, ressalte-se, datado de meados do século XIX. Todavia, se a maximização do potencial de outros meios de “restauração da confiança” for tomada como estratégia de contenção e limite do discurso punitivo e principalmente da pena privativa de liberdade, está-se de acordo.

A demarcação de um conceito de restauração que não decorre ou faz parte daquele de poder punitivo tem como ponto-chave a diferenciação entre a reação estatal, seja dentro ou fora da legalidade, a que se denomina poder punitivo ou pena, e a censura

³²² LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 64.

³²³ LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 67.

³²⁴ CHRISTIE, Nils. “Restorative Justice: Five dangers ahead”. KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (org.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice*, p. 197.

³²⁵ LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 190: “Because punishment is only one of the several components of regaining trust, maximizing other factors in the process of regaining trust minimizes the resort to punishment”.

como conceito ampliado de controle social, vinculado à tradição da sociologia norte-americana que esteve na base do *labelling approach*.

Não se trata de buscar enquadrar a reação institucional ao crime, na forma da pena estatal, como um fato social, conceito definido por DURKHEIM como “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo, dotadas de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõem”³²⁶. O condicionamento das formas de punir às relações materiais de produção ou a diferentes tecnologias de poder que condicionam o exercício do poder disciplinar, como respectivamente desenvolvem as hipóteses explicativas de RUSCHE e KIRCHHEIMER e Michel FOUCAULT, distancia-se da pressuposição de uma consciência moral coletiva que refletiria as condições da organização social e serviria como base para a solidariedade social, assim definida:

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência coletiva* ou *comum*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade (...) podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva.³²⁷

A crítica é construída sob a premissa de que o conceito de consciência moral coletiva deve ser historicizado e visto como produto de forças políticas e sociais em disputa³²⁸. O conceito de crime em DURKHEIM é vinculado à violação desse “código moral” cuja sacralidade motiva e fundamenta toda a hostilidade inerente ao fenômeno da pena, uma “reação passional”³²⁹, inclusive para assim, funcionalmente, manter-se e reforçar a coesão social. Nesse sentido afirma contundentemente que

a pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum³³⁰.

O direito penal ou “repressivo” consiste, portanto, na expressão de um tipo de solidariedade *mecânica* voltada à conservação primitiva, por parte da coletividade, de sua “consciência comum”, enquanto o direito “restitutivo” corresponderia à solidariedade *orgânica* e voltada ao bom funcionamento de diversas outras funções como aquelas privadas, administrativas, processuais e comerciais. Nesse sentido é que

³²⁶ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*, p. 3.

³²⁷ DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*, p. 50-51.

³²⁸ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*, p. 54.

³²⁹ DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*, p. 56.

³³⁰ DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*, p. 81.

se pode afirmar que o direito penal como regulação da imposição de sofrimento pela pena é inerentemente arcaico³³¹. Não se trata, ressalte-se, de uma hipótese de superação linear, em que o segundo tipo viria a substituir o primeiro, mas sim de uma hipótese de leitura que identifica a presença concomitante de duas formas de reação, uma *arcaica* e outra *civilizada*, nesses termos.

É nesse sentido que deve ser interpretado o ensaio de DURKHEIM denominado “Duas Leis da Evolução Penal”³³², no qual descreve primeiramente uma lei quantitativa, segundo a qual a severidade penal tende a diminuir; e em segundo lugar, uma lei qualitativa, para a qual a privação da liberdade tende a se tornar a modalidade hegemônica de punição. A intensidade da punição é vinculada por DURKHEIM à ideia de “consciência coletiva”: segundo o autor, sociedades de tipo simples recorrem a formas draconianas de punição por causa da intensidade do impacto da violação em sua consciência coletiva, tomada como uma espécie de ameaça a toda a comunidade. Nessa linha, o desenvolvimento de uma moralidade moderna e secularizada tenderia a reduzir a severidade das penas por conta de uma mudança na “qualidade dos sentimentos coletivos”³³³, acompanhada de uma mutação nos próprios processos de criminalização que se voltariam cada vez mais à violação de direitos individuais, e menos à ameaça de valores “coletivos” de inspiração religiosa.

É superficial a análise, porém, que indica um evolucionismo em sua análise: na verdade, bem ao contrário, DURKHEIM no final do texto chega a negar a hipótese de que a sociedade moderna possa se “libertar” da gana punitiva como reação emocional funcional diante da violação de seus códigos de conduta:

Não há, portanto, um efetivo enfraquecimento do sistema repressivo; há apenas um sistema em particular enfraquecido, mas substituído por outro que, embora menos violento e menos duro, não deixa de ter suas próprias severidades e não é de modo algum destinado à decadência ininterrupta. Assim se explica a crise do direito penal em todos os povos civilizados. Chegamos a um momento no qual as instituições penais do passado ou desapareceram ou sobrevivem apenas pela força do hábito, mas sem que outras tenham nascido com capacidade de melhor responder às novas aspirações da consciência moral³³⁴.

³³¹ HENDLER, Edmundo. *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2009.

³³² DURKHEIM, Émile. “Deux lois de l’évolution pénale”. *Année Sociologique*, IV, 1899-1900, p. 65-95.

³³³ GARLAND, David. *Punishment and modern society*, p. 38.

³³⁴ DURKHEIM, Émile. “Deux lois de l’évolution pénale”. *Année Sociologique*, IV, 1899-1900, p. 95: “Il n’y a donc pas en réalité un fléchissement général de tout le système répressif ; seul, un système particulier fléchit, mais il est remplacé par un autre qui, tout en étant moins violent et moins dur, ne laisse pas d’avoir ses sévérités propres et n’est nullement destiné à une décadence ininterrompue. Ainsi s’explique l’état de crise où se trouve le droit pénal chez tous les peuples civilisés. Nous sommes arrivés au moment où les institutions pénales du passé ou bien ont disparu ou bien ne survivent plus que par la force de l’habitude, mais sans que d’autres soient nées qui répondent mieux aux aspirations nouvelles de la conscience morale”.

Segundo CHAMBLISS³³⁵, o funcionalismo de Durkheim se contrapõe à análise marxista em ao menos quatro pontos que seriam atributos exclusivos desta última: a historicidade; a centralidade da análise crítica das condições sociais reais; a metodologia e um papel transformador do cientista social e a rejeição da compreensão do sistema normativo como produto de consenso. Na perspectiva de uma teoria do conflito como a marxista, segundo CHAMBLISS, não há espaço para uma noção como a de “consciência moral coletiva”, sendo o direito penal “não um reflexo dos costumes, mas um conjunto de regras definidas pelo Estado atendendo aos interesses da classe dominante e resultando dos conflitos inerentes às sociedades divididas em classes”³³⁶.

Entretanto, não obstante efetivamente existam as profundas diferenças indicadas, parece que elas se concentram sobre os processos de criminalização primária e secundária. De fato, as hipóteses explicativas sobre a presença de critérios seletivos e classistas tanto na previsão legal (criminalização primária) como no momento de sua aplicação (criminalização secundária) efetivamente encontram guarida na análise marxista, levando à rejeição da recondução do conceito de crime à ideia de violação da consciência moral coletiva. Ocorre que há, na reação social ao desvio ou crime, algo além e que não é abarcado no conceito de processo de criminalização, não sendo, assim, plenamente explicável mediante o apelo aos interesses de poder e classe. Trata-se desse elemento emotivo, passional, “arcaico”, que permanece dentro das sociedades ditas modernas e avançadas. Com essa leitura, DURKHEIM pode ser considerado um crítico da civilização ocidental. Pouca dúvida há que a pena é, ainda hoje, independentemente dos esforços por sua racionalização, uma versão moderna dos rituais de sacrifício; nesse sentido Tobias BARRETO:

Podem phrases theoreticas encobrir verdadeira feição da cousa, mas no fundo o que resta é o facto incontestavel de que punir é sacrificar, sacrificar, em todo ou em parte, o individuo ao bem da communhão social, sacrificio mais ou menos cruel, conforme o grau de civilização deste ou daquelle povo, nesta ou n'aquella época dada, mas sacrificio necessario, que, se por um lado não se accomoda à rigorosa medida juridica, por outro lado tambem nao pode ser abolido por effeito de um sentimentalismo pretendido humanitario.³³⁷

Não há, na ideia moderna de justiça, a rejeição da violência como método de enfrentamento dos conflitos, mas a mudança em suas formas de administração: ao ser

³³⁵ CHAMBLISS, William. “Functional and Conflict Theories of Crime: the heritage of Emile Durkheim and Karl Marx”. In: CHAMBLISS, William; MANKOFF, Milton (ed.). *Whose Law, What Order?*, p. 2.

³³⁶ CHAMBLISS, William. “Functional and Conflict Theories of Crime: the heritage of Emile Durkheim and Karl Marx”. In: CHAMBLISS, William; MANKOFF, Milton (ed.). *Whose Law, What Order?*, p. 6.

³³⁷ BARRETO, Tobias. “Fundamento do direito de punir”. *Estudos de Direito*, p. 171-172.

apropriada, com exclusividade, e inserida na forma de determinadas regras, “o veneno se converteria em antídoto”, mas como um remédio que, em doses excessivas, torna a ser veneno³³⁸. É nesse sentido que se racionalizou a vingança através do *sacrifício*, entendido como ato de violência que, através do rito, estabelece uma distância para com a violência originária³³⁹, interrompendo-a. É o rito, seja laico ou religioso, que converte o ato de violência em um ato “de justiça”, protegendo a sociedade de sua própria violência. Para tanto, porém, para que o “veneno se torne antídoto”, é necessário que o manejo e a organização dessa violência sejam legítimos, ou seja, correspondam à legalidade e às expectativas de todos os potencialmente atingidos por ela³⁴⁰.

Em sentido similar à definição negativa e agnóstica de ZAFFARONI, a punição é tratada pelo marxista Paul HIRST como instituição social, não passível de abolição justamente porque funcional no sentido de garantir a obrigatoriedade de determinadas normas³⁴¹. Isso não o impede de afirmar que “todas as formas de punição sempre ‘falharam’” quanto a seus fins declarados e que elas são consequência do modo prevalente de organização social. O próprio HIRST, nesse sentido, é bastante claro quanto à possibilidade de se buscar o caráter coercitivo em outras formas de sanção, não necessariamente punitivas, admitindo a distinção:

Sanções e penas não são co-extensivas. Uma sanção pode ser a ameaça da perda de um status e, portanto, de capacidade que decorre de seu reconhecimento legal; perda de personalidade jurídica, de uma licença, etc, são exemplos de tais sanções. A pena deve, portanto, ser vista como uma forma de sancionar. Como tal, supõe não apenas a tentativa em garantir a conformidade a normas legais mas o uso de meios punitivos que garantam tal conformidade – meios ‘punitivos’ significam a imposição de alguma perda ou sofrimento ao agente.³⁴²

O que se vê, portanto, é que o legado de Émile DURKHEIM, com a compreensão da punição como “fenômeno moral” é, embora ambíguo, imprescindível³⁴³. Na perspectiva marxista parece ser também funcional não a pena privativa de liberdade, mas a capacidade de se produzir censura, o que se coaduna ao

³³⁸ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza*, p. 17 e ss.

³³⁹ RESTA, Eligio. *La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza*, p. 21; v. também: BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*, p. 42.

³⁴⁰ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*, p. 47.

³⁴¹ HIRST, Paul. “The concept of punishment”. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 264-280.

³⁴² HIRST, Paul. “The concept of punishment”. *Op.cit.*, p. 266: “Sanctions and punishment are not co-extensive. A sanction may be the threat of loss of status and, therefore, of some capacity that stems from legal recognition; loss of corporate personality, withdrawal of a licence, etc, are examples of such sanctions. Punishment must therefore be viewed as one means of sanctioning. As such it supposes not just the attempt to ensure conformity with legal norms but the use of some punitive means to ensure such compliance – ‘punitive’ meaning the imposition of some loss or suffering on the agent”.

³⁴³ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*, p. 23 e ss.

desenvolvimento de uma noção de controle social para além da violência do Estado. Este é o debate fundamental, que esteve no núcleo da teoria do etiquetamento, com uma concepção ativa e horizontalizada de controle social, e que deve ser resgatado hoje pela criminologia crítica.

A origem semântica da expressão “controle social” é diferente conforme se adote uma perspectiva européia ou norte-americana, variando entre a idéia de força e poder, de um lado, e de inspeção e vigilância, de outro³⁴⁴. Emergem duas macro-perspectivas bastante diversas entre elas: por um lado, a tradição européia-continental que desde HOBBS identifica o exercício do controle com o poder do Príncipe e que portanto valoriza a relação de sujeição do controlado perante o controlador. Por outro, aquela que se origina da sociologia, como a de DURKHEIM, no final do século XIX, e se desenvolve com a sociologia norte-americana a partir do início do século XX, utilizando a categoria de “controle” como social, e não apenas penal, vinculando-o à problemática mais ampla do que faz com que um grupo de indivíduos se transforme em uma sociedade; trata-se, em outras palavras, da questão fundante da própria sociologia: “por quê um simples conjunto de indivíduos passa a agir de modo coeso?”³⁴⁵.

Todavia, a prevalência de um funcionalismo estrutural ou sistêmico no âmbito do direito e especialmente no direito penal tem por principal consequência a adoção de um outro referencial semântico para controle social, reduzido à manifestação do poder monopolizado pelo Estado³⁴⁶.

O discurso sociológico sobre o tema, porém, rejeita a centralidade *a priori* do Estado e enfatiza os processos de comunicação e interação social, especialmente no âmbito da delinquência juvenil, vindo a concluir que se a coerção através da “força da lei” tem seu papel, este é relativizado e subordinado às necessidades de produção de consenso³⁴⁷. Em outras palavras, as conexões com problemas macrosociológicos tais como ordem, autoridade e poder perdem importância em face de uma perspectiva essencialmente sociopsicológica, ou seja, voltada à socialização do indivíduo em uma

³⁴⁴ Sobre v. BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo; BERLATO, Fábila. “Controle social” [verbete]; GURVITCH, George. “El control social”. In: *Sociología del Siglo XX*, p. 245.

³⁴⁵ PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*, p. 27: “how does a mere collection of individuals succeed in acting in a corporate and consistent way?”; ou “capacidade de um grupo social para regular-se a si mesmo”, cf. BERGALLI, Roberto. “Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 31.

³⁴⁶ BERGALLI, Roberto. “De cuál derecho y de qué control social se habla?” In: *Contradicciones entre derecho y control social*, p. 28.

³⁴⁷ MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 105.

sociedade pluralista. Consequentemente, sob tal prisma, o “controle social” se apresenta sobretudo como motivação, e não repressão³⁴⁸.

Sob essa segunda acepção, o termo foi consolidado por Edward ROSS na série de artigos publicados na revista *American Journal of Sociology*, e depois reunidos no livro *Social Control*³⁴⁹. O ponto de partida foi a concepção de *ordem* como “ausência de colisões entre pessoas em recíproca relação”³⁵⁰ capazes de exprimir objetivos e interesses comuns. Assim, o conceito inclui o controle exercido pela sociedade sobre o indivíduo através de diversos modos, como a educação, a arte e também, mas não só, a lei.

Logo se vê que o contexto a partir do qual escrevia ROSS era aquele dos Estados Unidos do início do século, caracterizado pela intensidade dos fluxos migratórios. Sua perspectiva foi, nesse quadro, “aquela de uma cultura racional dominante buscando integrar as culturas dos imigrantes inferiores culturalmente e às vezes biologicamente”³⁵¹; enfim, de uma cultura essencialmente monista e intolerante perante as diferenças. A compatibilização da concepção de controle social com uma sociedade que se queria democrática se deu com a Escola de Chicago, que trabalhava com a categoria da pluralidade dentro de uma mesma cultura ao invés de supor a existência de várias, dentro da sociedade norte-americana³⁵². PARK e BURGESS se concentraram sobre a existência e o desenvolvimento de modalidades espontâneas de controle social tais como a tradição, as cerimônias, as religiões, as crenças políticas e a opinião pública, tudo bem antes e com mais eficácia que a lei³⁵³. Os *chicagoans* rejeitavam a hipótese segundo a qual se pode entender o controle social como algo determinado verticalmente, em prol de uma teorização que sugere a emergência de uma espécie de acomodação espontânea nas relações de influência entre as pessoas e a opinião pública ou, em suma, o domínio de “um ato democrático da razão, ao invés de ato autoritário da

³⁴⁸ SUMNER, Colin. “Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology”. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). *Social Control and Political Order*, p.7. Do mesmo autor, definindo a punição como parte da noção de “censura social”, v. também SUMNER, Colin. *Censure, Politics and Criminal Justice*. Milton Keynes, Open University Press, 1990 e SUMNER, Colin. “Censura, cultura e punizione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 134.

³⁴⁹ ROSS, Edward. *Social Control: a survey of the foundations of order*. New York: Johnson Reprint, 1901.

³⁵⁰ ROSS, Edward. *Social Control*, p. 1-2.

³⁵¹ MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 108-109: “that of a dominant rational culture trying to integrate the culturally and sometimes biologically inferior immigrant cultures”.

³⁵² SUMNER, Colin. “Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology”. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). *Social Control and Political Order*, p. 14-16.

³⁵³ PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*, p. 785.

vontade”³⁵⁴. Justamente por não partirem da premissa de que a lei formal seria o meio mais importante e decisivo de controle social, as pesquisas empíricas da Escola de Chicago acabaram por privilegiar estudos de ecologia urbana ³⁵⁵, escolhendo a desorganização social como a variável mais importante de sua hipótese etiológica sobre a criminalidade.

Esse é o contexto da obra de George H. MEAD, responsável pela “mais aguda análise da interação social”³⁵⁶ já feita, tendo por base a ideia de cooperação, e não a de subordinação a um poder soberano, para situar a linguagem como a mais desenvolvida expressão desse complexo processo de controle e limite do que denomina o autor “instintos hostis”. Ocorre que a formalização jurídica expressa e enfatiza essa atitude emocional, ao invés de reduzi-la ou limitá-la, canalizando a hostilidade ao violador da lei que é identificado como inimigo comum:

nessa atitude, defende-se a estrutura social contra um inimigo com todo o vigor que a ameaça ao nosso próprio interesse invoca (...) e o procedimento hostil contra o inimigo desperta um sentimento de pertencimento devido aos meios postos à nossa disposição para satisfação do impulso de hostilidade. (...). A revolta contra a criminalidade revela um sentido de solidariedade para com o grupo, um sentido de ser um cidadão que por um lado exclui aqueles que transgrediram as normas do grupo, e por outro inibe tendências à prática de atos criminais no próprio cidadão.³⁵⁷

³⁵⁴ MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 111.

³⁵⁵ Por exemplo, v. PARK, Robert. “The City: Suggestions for the Investigation of Human Behavior in the City Environment”. *American Journal of Sociology*, Vol. 20, n. 5. Chicago: The University of Chicago Press, 1915, p. 577-612.

³⁵⁶ Segundo BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*, p. 8. Não se pretende aprofundar a teoria de MEAD, porém vale a síntese de BLUMER: “A noção de ser humano como ator, em Mead, difere radicalmente da concepção de homem que domina as ciências sociais e a psicologia. Ele vê o ser humano como um organismo que tem um *self*. A posse de um *self* converte o ser humano em um tipo especial de ator, transforma sua relação com o mundo, dá à sua ação um caráter único. Afirmando que o ser humano tem um *self*, Mead simplesmente quis dizer que ele é um objeto para si próprio, com o qual pode se perceber, ter concepções sobre si mesmo, com o qual se comunica, em direção ao qual age. (...). Quero enfatizar que Mead viu o *self* como processo e não como estrutura”. No original: “Mead’s picture of the human being as an actor differs radically from the conception of man that dominates current psychological and social science. He saw the human being as an organism having a self. The possession of a self converts the human being into a special kind of actor, transforms his relation to the world, and gives his action a unique character. In asserting that the human being has a self, Mead simply meant that the human being is an object to himself. The human being may perceive himself, have conceptions of himself, communicate with himself, and act toward himself. (...). I wish to stress that Mead saw the self as a process and not as a structure”.

³⁵⁷ MEAD, George H. “The Psychology of Punitive Justice”. *The American Journal of Sociology*, p. 585-7: “in this attitude we are defending the social structure against an enemy with all the animus which the threat to our own interest calls out (...) and the hostile procedure against the enemy arouses a feeling of attachment due to the means put at our disposal for satisfying the hostile impulse. (...). The revulsions against criminality reveal themselves in a sense of solidarity with the group, a sense of being a citizen which on the one hand excludes those who have transgressed the laws of the group and on the other inhibits tendencies to criminal acts in the citizen himself”. Similar, v. CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*, p. 105. Ver também GARLAND, David. *Punishment and modern society*, p. 77: “Mead nos mostra o outro lado daquelas emoções tratadas por Durkheim como abertamente funcionais, demonstrando seu potencial para a intolerância destrutiva e a escalada da violência social, bem como por

Segundo MEAD, nada une os homens de forma tão rápida e eficaz como o combate a um inimigo comum³⁵⁸. Não à toa MELOSSI destaca a importância de MEAD para a construção de uma abordagem que supera a mera integração individual para atender a toda a rede de interações sociais³⁵⁹ e assim se aproximar de uma concepção ativa de controle social. Enquanto a forma reativa deste remete à produção de uma censura com o escopo de inibir o comportamento desviante através da proibição, nas teorias comunicativas o controle é concebido como algo que produz motivação, ou seja, como uma variável independente de qualquer outro fenômeno.

O funcionalismo de Talcott PARSONS³⁶⁰ vem no sentido da concepção reativa, levando ao reforço da centralidade do sistema jurídico-estatal como principal mecanismo de expressão de valores em comum e construídos sob uma ordem social fundamentada no consenso. Tal ponto de partida foi desenvolvido no sentido de se conferir uma dimensão normativa aos padrões culturais do sistema social, os quais foram, desde logo, tomados como consensuais. Nessa ótica, o comportamento desviante é compreendido como expressão de um déficit no processo de socialização, de um mal-estar que leva o sujeito a se comportar de maneira contrária aos valores culturais dominantes, como fator de distúrbio do equilíbrio do sistema. O controle social, sob tal prisma, será concebido como processo de (re)motivação do indivíduo e de (re)equilíbrio do sistema³⁶¹. Logo, a concepção parsoniana de controle social é reativa no sentido de o situar apenas após o comportamento desviante e com o objetivo de manutenção da ordem social perante o “problema” colocado por um sujeito que necessita de auxílio para ser socializado.

Mas o ponto de partida de uma “teoria crítica do controle social” é a contraposição a tal modelo funcionalista, através da asserção de que os problemas sociais são atividades antes que condições, ou seja, são “atividades de indivíduos ou afirmações coletivas de reivindicações relativas a determinadas condições putativas”,

coesão social”. No original: “Mead shows us the other side of those emotions which Durkheim treats as straightforwardly functional, demonstrating their potencial for destructive intolerance and escalating social violence, as well as for social cohesion”.

³⁵⁸ MEAD, George H. “The Psychology of Punitive Justice”. *The American Journal of Sociology*, p. 599. Nesse sentido, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos)”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz (org.). *Estudos Constitucionais*, p. 137-150.

³⁵⁹ MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 116-7; v. também BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*, p. 58-59.

³⁶⁰ PARSONS, Talcott. *The Social System*. New York: The Free Press, 1951.

³⁶¹ PARSONS, Talcott. *The Social System*, p. 250-1.

dado que “o significado das condições está na afirmação em si mesma, e não em sua validade, segundo quanto seja possível avaliar desde um ponto de vista independente, como, por exemplo, de um cientista”³⁶². Como crítica a MEAD, mas tomando-o por imprescindível ponto de partida, Edwin LEMERT ressaltou a importância de não restringir a análise da interação social somente ao indivíduo e seu entorno³⁶³, cunhando o conceito de desvio secundário, o comportamento determinado pela reação social ao desvio primário³⁶⁴. Segundo o autor, “a distinção (...) faz do controle passivo um aspecto da conformidade às normas tradicionais; o controle social ativo, por outro lado, é um processo de implementação de objetivos e valores. O primeiro trabalha pela manutenção da ordem social, enquanto o segundo age para a integração social emergente”³⁶⁵. Eis a base teórica do *labelling approach*, sintetizado na definição do desvio e do desviante como o comportamento e a pessoa aos quais “tal etiqueta foi aplicada com sucesso”³⁶⁶, negando, assim, sua descrição como qualidade inerente ao ato. À parte as críticas às limitações dessa perspectiva³⁶⁷, foi a partir dela que emergiram os movimentos políticos e acadêmicos que constituíram os discursos críticos em criminologia, para os quais qualquer “controle social” seria expressão ideológica e linguística do discurso que, dentre os muitos possíveis, impõe-se como dominante para legitimar uma desigual distribuição da riqueza e do poder. Sem discordar de suas conclusões, reconhece-se, por outro lado, que houve nesse ponto uma nova redução do conceito de controle social ao poder estatal, afastando-se de sua semântica original³⁶⁸.

³⁶² SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John I. *Constructing Social Problems*, p. 75-6.

³⁶³ LEMERT, Edwin. “Beyond Mead: the societal reaction to deviance”. *Social Problems*, vol. 21, p. 460.

³⁶⁴ LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*, p. 40.

³⁶⁵ LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*, p. 21: “the distinction (...) makes passive control an aspect of conformity to traditional norms; active social control, on the other hand, is a process for the implementation of goals and values. The former has to do with the maintenance of social order, the latter with emergent social integrations”.

³⁶⁶ Vide assim BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 9: “grupos sociais criam o desvio através da criação de regras cuja violação constitui o desvio, e através da aplicação de tais regras a determinadas pessoas, etiquetando-as como ‘outsiders’. Desde esse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, mas sim a consequência da aplicação pelos demais das regras e sanções ao ‘ofensor’. O desviante é aquele a quem a etiqueta foi aplicada com sucesso; comportamento desviante é o comportamento que as pessoas assim denominaram”. No original: “social groups create deviance by making the rules whose infraction constitutes deviance, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders. From this point of view, deviance is not a quality of the act the person commits, but rather a consequence of the application by others of rules and sanctions to an ‘offender’. The deviant is one to whom that label has successfully been applied; deviant behavior is behavior that people so label”.

³⁶⁷ Para uma síntese, v. PAVARINI, Massimo. *La criminologia*, p. 107-115.

³⁶⁸ JANOWITZ, Morris. “Sociological theory and social control”. *American Journal of Sociology*, p. 95-6; MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 151.

Frente a isso, MELOSSI sugere a construção de “teoria fundada do etiquetamento”, na qual o Estado seria assumido como variável conceitual dependente, um recurso retórico,

dependente da construção social do significado, uma construção social que toma seu lugar, hoje, dentro de uma onda democrática cada vez mais forte. (...) O processo em curso toma a forma da modalidade comunicativa de construção do significado presente na teoria de Mead, e não o tipo autoritário e centralizado presente na filosofia de Hobbes.³⁶⁹

Tomando-se a atividade da polícia, inclusive, como chave para a compreensão da legitimidade de todo o sistema penal perante a população, já se constatou, no mesmo sentido, que legitimidade significa a obtenção da cooperação ou a influência sobre as pessoas porque elas acreditam que tais regras são apropriadas e a autoridade é legítima³⁷⁰, não porque têm medo ou simplesmente se subordinam ao poder.

Esse tipo de reflexão se sustenta, portanto, não apenas na crítica ao poder punitivo reconduzido a uma função estatal, mas no resgate do interacionismo e na compreensão do conceito de controle social como a capacidade da sociedade ou de uma comunidade regular a si mesma – eis o ponto essencial – através da redução da coerção. Retoma-se, de certa forma, a leitura de DURKHEIM referida acima sobre a relação entre as formas orgânica e mecânica de solidariedade. Assim, “o oposto de controle social pode ser compreendido como o controle coercitivo, ou seja, a organização de uma sociedade radicada essencialmente sobre a força – através de sua ameaça e de sua utilização”³⁷¹.

Todavia, é de regulação que se trata, o que, na interseção com o discurso psicanalítico (v. item seguinte), significa o estabelecimento de limites ao impulso do prazer, e tais limites serão sempre impostos, como função constitutiva do sujeito. Não

³⁶⁹ MELOSSI, Dario. *The State of Social Control*, p. 169: “The variable is dependent on the social construction of meaning, a social construction that takes place today in an increasingly democratic fashion (...). This process involved takes the form of the conversational mode of meaning-construction presented in Mead’s theory, rather than the authoritarian and centralized form presented in Hobbes’ philosophy”.

³⁷⁰ Sobre, v. TYLER, Tom; BRAGA, Anthony; FAGAN, Jeffrey; MEARES, Tracey; SAMPSON, Robert; WINSHIP, Chris. “Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives”. TYLER, Tom (ed.). *Legitimacy and Criminal Justice*, p. 10; ver também TYLER, Tom. *Why People Obey the Law: procedural justice, legitimacy and compliance*. New Haven: Yale University Press, 2006.

³⁷¹ JANOWITZ, Morris. “Sociological theory and social control”. *American Journal of Sociology*, p. 4. Também assim BERGALLI, Roberto. “Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 33; e ZAFFARONI, que associa a prevalência de vínculos horizontais de solidariedade e simpatia a modelos comunitários e a predominância de vínculos verticais de autoridade e disciplina a modelos corporativos, sendo o principal exemplar destes últimos o *estado de polícia*, o mesmo ao qual o direito penal deve buscar conter e limitar; cf. ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 19.

se pode passar por este tipo de reflexão sem levar em conta a questão do desejo: COUTINHO já bem indicou as desastrosas consequências de não fazê-lo³⁷², não escapando a racionalidade iluminista da pretensão de um discurso totalizante incapaz de efetivamente se ancorar na alteridade a não ser que leve em conta o Outro como limite.

Seria possível, afinal, cumprir tal função sem fazer sofrer, com uma “censura não-punitiva”? Ou, como questiona PAVARINI, “a necessidade de produção de ordem social através da censura (...) poderia, no ‘processo civilizatório’, progressivamente renunciar à produção artificial de sofrimento”³⁷³? Há respostas afirmativas no âmbito da crítica filosófica da pena, admitindo-se a possibilidade de uma censura não-punitiva, caracterizada e distinta da pena por não conter precisamente o elemento da intencionalidade na causação do dano ou sofrimento³⁷⁴.

O ponto de partida é a asserção de que a inflição intencional de castigo ou sofrimento faz parte da definição de pena. A censura, por sua vez, é componente da função expressiva ou de denúncia, como ato comunicativo, mas que não necessariamente é acompanhada da inflição intencional do castigo. Ocorre que os mais importantes defensores de uma função expressiva para a pena³⁷⁵ partem equivocadamente do pressuposto que equipara a capacidade expressiva e reprobatória da censura com a intencionalidade do ato de punir “fazendo sofrer”. Todavia, caso seja encontrada uma medida de censura suficiente para o reconhecimento público da ofensa, restabelecendo o limite ao sujeito, sem a intenção do castigo na forma de dano e sofrimento, ter-se-á o exemplo de censura não-punitiva do qual se fala, sem prescindir da presença do Estado, mas efetivamente articulada como instância de garantia de abusos e voltada à elaboração do conflito.

³⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 46 e ss.

³⁷³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, p. 57.

³⁷⁴ BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 176-179; v. também BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*, p. 144-149, o qual defende não tanto práticas restaurativas de encontro entre autor e vítima, mas sobretudo que o ofensor possa ter a iniciativa de propor ações de reparação material e simbólica.

³⁷⁵ Cf. já citado no Cap. 1; v. EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929]; FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, 49:3, 1965, p. 397-423; e DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001; sendo necessária a distinção clara também para com JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, p. 15 e ss. quando estabelece como único fundamento da pena a “confirmação da realidade normativa” da sociedade.

Falar em “algum” tipo de censura não parece equivalente, por si só, a advogar por um novo tipo de “crença punitiva”³⁷⁶, não obstante este seja um risco sempre presente. A “restauração” a que se refere tende a afastar a preocupação exclusiva com a violação da norma, ou seja, com a desobediência, em prol da atenção a dimensões empobrecidas na perspectiva do sistema penal formal: o dano efetivamente produzido à vítima e a responsabilidade do causador perante ele, bem como o controle presente na interação humana e suas práticas sociais diversas. Trata-se do resgate, enfim, de questões de justiça relativamente abandonadas pelo utilitarismo penal e que visam, em última análise, fortalecer esse tipo de controle social fundado no incremento do diálogo e na redução da violência. Se a atitude política de “redução de danos” é fundamental diante da violência e opressão produzidas e reproduzidas pelos sistemas penais ocidentais, ela não exclui a tentativa de uma sua desconstrução mais consistente, ao invés de supor, como premissa, sua inevitabilidade.

Trata-se, com MEAD, de substituir a “solidariedade emocional” que nos põe todos “contra o inimigo” em prol da conexão entre pontos de aproximação que permitam trazer um novo sentido ao fato e a todos os envolvidos³⁷⁷. Em outros termos, trata-se de trazer a alteridade – quanto à vítima e quanto ao ofensor – à seara do juízo de censura:

Assim, a possibilidade de darmos um passo em direção ao rompimento das regras de exclusão, depende, inicialmente, da adoção de uma perspectiva de comunicação como forma de demonstração de sentido. Se o que é dotado de sentido (jurídico, social, ou de qualquer ordem) somente pode ser determinado através de um processo de comunicação, de interação, de compartilhamento de regras, a demonstração de minha condição de cidadania, depende deste processo, depende de interação, depende de reconhecer-me no outro³⁷⁸.

É nesse sentido que, levando-se em conta o contexto e a realidade material local, a perspectiva de um modelo restaurativo de censura pode significar um contradiscurso

³⁷⁶ A referência é à advertência em CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, p. 206: “Após o desnudamento do sistema sancionatório pela criminologia da reação social, criticável seria projetar qualquer finalidade à sanção penal. Sobretudo porque na história dos sistemas punitivos as justificativas legitimadoras da pena, por mais *nobres* e *humanas* que possam parecer, sempre potencializaram a violência das agências de punitividade, ou seja, ao fim nobre sempre houve correspondente meio espúrio”.

³⁷⁷ MEAD, George H. “The Psychology of Punitive Justice”. *The American Journal of Sociology*, p. 597.

³⁷⁸ BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, p. 165. Observa-se apenas que o excerto em questão foi retirado de uma reflexão crítica sobre o *direito penal do inimigo* e desse modo ataca os fundamentos da *desumanização* do réu; de todo modo, vale a premissa para tratar não apenas da desumanização do réu perante o Estado mas também da *desumanização recíproca* entre autor e vítima, desconstruída apenas com um modelo de censura fundado no reconhecimento da alteridade entre ambos.

capaz de conter o poder punitivo na medida em que transforma e ressignifica a demanda e as expectativas por censura e punição.

O que se busca, nos termos utilizados por ZEHR, não é necessariamente a pena como imposição de sofrimento, mas uma “experiência de justiça”³⁷⁹. Estaria a subjetiva percepção de justiça inerentemente vinculada à espinhosa questão do merecimento do castigo? Parece que não. Como visto, nota-se que mesmo no âmbito da reflexão filosófica a pena, como imposição intencional de sofrimento, revela uma justificação pobre, frágil. Para Paul HIRST – e esse é um ponto importante – a pena carece de relação de sentido entre quem pune, como se pune e quem é punido muito por conta da abstração que se promove em relação ao caso concreto mediante a construção de standards que pré-definem a forma da ação e da reação:

Esta relação pena-crime e os meios de punição sempre trazem e supõem um sujeito ou indivíduo ‘típico’ como receptor da pena e para quem a ação desses meios é punitiva. A punição em regra falha na produção de um efeito punitivo porque o objeto dos meios legalmente previstos é um ‘indivíduo representativo’ (...). Tais objetos típicos são pressupostos nos particulares meios de punição, mas os verdadeiros indivíduos que cometem crimes são diversos e talvez não realmente sofram na maneira desejada quando tais meios são aplicados a eles³⁸⁰.

Pondera HIRST que para “fazer a pena punir” seria preciso ajustar a pena para cada situação individual, muito além dos parâmetros estabelecidos pelo que conhecemos como individualização da pena, o que não só seria incompatível com o devido processo legal como poderia servir de argumento ao incremento da severidade e do grau de inflicção de sofrimento.

Pode-se dizer que “ao excluir a vítima da relação jurídico-penal o Estado, ainda que penetrado da correta intenção de promover a pacificação social, terminou por inviabilizar uma solução real dos conflitos – despersonalizando-os”³⁸¹. Similarmente, já afirmou ZAFFARONI que o modelo punitivo não é um modelo de solução de conflitos, mas de mera suspensão, através de uma atitude verticalizada por parte do Estado que exclui a vítima de cena e assim inviabiliza a efetiva resolução do caso:

³⁷⁹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 27-8: “As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto, imerecido. Precisam oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidos e receber confirmação”.

³⁸⁰ HIRST, Paul. “The concept of punishment”. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). *A Reader on Punishment*, p. 270: “This relation punishment-offence and these penal means always entail and suppose a ‘typical’ subject or individual in receipt of punishment and to whom the action of these means is punitive. Punishment often fails to produce a punitive effect because the object of the legally specified means is a ‘representative individual’ (...). Such typical objects are presupposed in the particular penal means, but the actual individuals who commit offences are diverse and may not actually suffer in this postulated way when the means are applied to them”.

³⁸¹ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*, p. 46.

Ademais, no modelo punitivo, não se limita a não resolver o conflito, mas se impede a sua resolução. Há diversos modelos de solução de conflitos. Se em uma escola, um aluno quebra um vidro com uma pedra, pode-se pensar em sua expulsão (modelo punitivo), mas também em chamar seu pai e exigir que pague um vidro novo (modelo reparatório ou restitutivo), ou em convocar o psicólogo e tratar o aluno (modelo terapêutico), ou sentar e conversar, para determinar quais comportamentos determinaram essa reação e corrigi-los (modelo conciliatório). O inconveniente do modelo punitivo é que impede a aplicação dos demais – ou ao menos dificulta – enquanto os outros modelos podem ser combinados e aplicados conjuntamente³⁸².

É sob a ótica restaurativa que se pode efetivamente alcançar uma ressignificação do que se entende por justiça, principalmente se o conceito de “restauração” não se afastar do contexto em que o fato está inserido, buscando fazer daquela ocasião uma oportunidade de construção de uma sociedade melhor.

3.2. Responsabilidade na alteridade

A responsabilização pelo dano causado com fulcro na alteridade só é possível se estruturada dentro de uma mesma prática que evite conscientemente a ativação dos mecanismos de desumanização recíproca entre responsável ou acusado pelo ato e os sujeitos vitimizados.

Por desumanização se faz referência a determinada representação social, ideologicamente construída, que despe o sujeito de seus atributos de aproximação como ser humano e faz da diferença um motivo de exclusão, de *inimizade*³⁸³, de afastamento das garantias próprias dos sujeitos de direito. Nas palavras de Philip ZIMBARDO:

Tudo é feito com palavras e imagens. Para modificar um velho ditado: pedaços de pau e pedras podem quebrar seus ossos, mas nomes às vezes podem te matar. O processo começa com a

³⁸² ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal*, p. 7-8: “Pero además, el modelo punitivo, no se limita a no resolver el conflicto, sino que, por lo general impide resolverlo. Hay diversos modelos de solución de los conflictos. Si en una escuela, un alumno rompe un vidrio con una piedra, puede pensarse en expulsarlo (modelo punitivo), pero también puede pensarse en llamar al padre y exigirle que pague la reposición del vidrio (modelo reparatorio o restitutivo), en convocar al psicólogo y tratar al alumno (modelo terapeutico) o incluso en sentarse a conversar, para determinar qué comportamientos de los otros determinaron esa reacción y corregirlos (modelo conciliatorio). El inconveniente del modelo punitivo es que impide la aplicación de los restantes – o al menos dificulta – en tanto que los otros modelos pueden combinarse y aplicarse conjuntamente”.

³⁸³ Não obstante a similitude dos termos e temas abordados, não se propõe aqui a crítica a partir da teoria conhecida como “Direito Penal do Inimigo”, cf. Günther Jakobs. Trata-se, em primeiro lugar, de uma opção teórica, na medida em que há muitas formas de se abordar o condicionamento do direito penal segundo uma lógica belicista e de enfrentamento de um ‘inimigo’ (v. por ex., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007). Em segundo lugar, considera-se que a teorização de Jakobs é motivada e sustentada por uma realidade alheia à brasileira, na medida em que deve ser compreendida de forma contextualizada, em boa parte internamente ao tema do combate ao terrorismo internacional. Evidentemente, é possível identificar pressupostos similares no trato da violência urbana e do tráfico de drogas, no Brasil, não sendo metodologicamente justificável, apenas por isso, sua adoção como marco teórico obrigatório.

criação de estereótipos e percepções desumanizadas do outro, do outro como desprovido de valor, como todo-poderoso, como demoníaco, como um monstro abstrato, como uma ameaça fundamental aos nossos valores e crenças estimadas³⁸⁴.

O fundamento para a centralidade do encontro face a face entre autor e vítima sempre que possível está, como já referido, na compreensão desse tipo de prática como a principal dentre as formas de interação social, na medida em que não há abstração ou padrão de hostilidade que resista “à maciça demonstração da subjetividade alheia de que tomo conhecimento na situação face a face”³⁸⁵. Segundo BERGER e LUCKMANN, que se referiam à importância da interação face a face dentro de um quadro teórico mais amplo sobre a construção social da realidade³⁸⁶, a questão não é criar uma expectativa de comportamento em qualquer sentido, mas, justamente ao contrário, compreender a impossibilidade de sua redução de sentido.

Os esquemas tipificadores do outro são, na interação face a face, colocados em “contínua negociação”, podendo se romper com o anonimato e assim substituir esquemas pré-definidos:

A realidade social da vida cotidiana é, portanto, apreendida num contínuo de tipificações, que se vão tornando progressivamente anônimas à medida que se distanciam do ‘aqui e agora’ da situação face a face. Em um polo do contínuo estão aqueles outros com os quais frequente e intensamente entro em ação recíproca em situações face a face, meu ‘círculo interior’, por assim dizer. No outro polo estão abstrações inteiramente anônimas, que por sua própria natureza não podem nunca ser achadas em uma interação face a face. A estrutura social é a soma dessas tipificações e dos padrões recorrentes de interação estabelecidos por meio delas.³⁸⁷

Ocorre que uma ação de violência ou a produção de um dano injustificado a outrem rompe, por si só, com tal anonimato: não é possível ignorar que o que se define como crime – ou ao menos aqueles atos de agressão a direitos fundamentais de outrem – inaugura um vínculo entre autor e vítima (e muito provavelmente um vínculo de hostilidade *ab initio*) ou, caso já se conheçam, representa um acontecimento que se insere em um cadeia mais complexa de fatos e relacionamentos. Em ambos os casos, a mera proposta do encontro representa a tentativa de evitar que os esquemas tipificados

³⁸⁴ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 11: “It is all done with words and images. To modify an old adage: Sticks and stones may break your bones, but names can sometimes kill you. The process begins with creating stereotyped conceptions of the other, dehumanized perceptions of the other, the other as worthless, the other as all-powerful, the other as demonic, the other as an abstract monster, the other as a fundamental threat to our cherished values and beliefs”.

³⁸⁵ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 47.

³⁸⁶ Deve-se atentar, porém, ao “espaço das relações objetivas (estrutura) de que são manifestação as permutas comunicacionais diretamente observadas (interacção)”, cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 54.

³⁸⁷ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 51.

sobre o outro – o “monstro agressor” ou a “vítima coisificada” – alimentem padrões de hostilidade fundados exatamente em tais abstrações.

Na esteira do interacionismo mas se aproximando também de um marco mais crítico que tome em conta a estrutura social e econômica, analisando a construção da figura do “inimigo” em conflitos bélicos, SHIBUTANI afirma que a identificação do outro como “oponente perigoso” instaura, desde logo, todo um quadro de referência determinante das percepções que se terá a partir de então: a tendência, afinal, é que se passe a notar apenas os atributos que confirmam as expectativas já estabelecidas³⁸⁸. Segundo o autor, “o estereótipo do inimigo é um objeto abstrato construído na interação social”³⁸⁹.

No contexto da questão criminal, o desvelamento dos processos de atribuição de significado indica a centralidade da variável *proximidade/distanciamento* em relação a que tipo de etiqueta ou rótulo se irá atribuir a um determinado sujeito ou a uma determinada conduta: “estereótipos podem ser quebrados somente com a redução da distância social”³⁹⁰. Vide o depoimento (pessoal) de Nils CHRISTIE:

Trabalhei com crimes e penas a maior parte da minha vida, mas nunca conheci um monstro. Não consegui encontrar entre assassinos de campos de concentração, e nem conheci nenhum desde então. Há pessoas das quais não gosto, mas nenhum delas é completamente impossível de se alcançar, ao menos para alguns momentos importantes. Minha suposição é que todos nós, como seres humanos, temos algumas experiências em comum³⁹¹.

³⁸⁸ SHIBUTANI, Tamotsu. “On the personification of adversaries”. SHIBUTANI, Tamotsu (ed.). *Human nature and collective behavior: papers in honor of Herbert Blumer*, p. 225. Com outro ponto de partida, mas no mesmo sentido, fazendo paralelo com a guerra, CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*, p. 9 e 40.

³⁸⁹ SHIBUTANI, Tamotsu. “On the personification of adversaries”. SHIBUTANI, Tamotsu (ed.). *Human nature and collective behavior: papers in honor of Herbert Blumer*, p. 228: “The stereotyped conception of the enemy is an abstract object that is constructed in social interaction”. O autor acrescenta que os impulsos hostis perante o objeto de ameaça tendem a persistir até a modificação do próprio objeto e a desconstrução da ameaça pela experiência. Porém, mesmo tais experiências ficam limitadas em face da seletividade do olhar e da comunicação estabelecida.

³⁹⁰ SHIBUTANI, Tamotsu. “On the personification of adversaries”. SHIBUTANI, Tamotsu (ed.). *Human nature and collective behavior: papers in honor of Herbert Blumer*, p. 230: “Stereotyped conceptions can be broken down only with a reduction of social distance”.

³⁹¹ CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*, p. 97: “I have worked with crime and punishment most of my life, but never met a monster. I could not find them among killers in concentration camps, nor have I met any since then. There are people I dislike, but none that are completely impossible to reach, at least for some important moments. My supposition is that we all, as humans, have had some common experiences”. Sobre a importância do encontro, v. SOUZA, Ricardo Timm de. “Fundamentos ético-filosóficos do encontro res(ins)taurativo”. In: *Justiça juvenil restaurativa em comunidade: uma experiência possível*, p. 80-81: quando os envolvidos participam do encontro, esse evento comum a ambos que os “reduz à nudez humana que os constitui”, a “*formalidade* fátua de elos sociais pré-existent e pretensamente suficientes se tornou cabal, ou seja, foi desmascarada em sua pretensão de totalidade racional (...). O autor do ato não existia *qua* humano para a vítima: apenas como indiferença numa espécie de (*contradictio in adjecto*) ‘convivência indiferente’; a vítima não existia para o autor até então *qua* humana, mas, no sentido da gênese do ato realizado que a transformou realmente em vítima, como alvo potencial de sua ação”.

O sistema de justiça criminal não responsabiliza efetivamente o réu ou condenado, pois opera somente com abstrações, inclusive quanto à construção das representações sobre o autor do delito. Não há escolhas ou espaços de movimento; tudo é distante e tecnicizado, profissionalizado, o que “fomenta racionalizações e fortalece os estereótipos”³⁹².

A imposição de sofrimento através do sistema penal não é sequer apreendida, pelo sujeito punido, como conexa ao ato pretérito e dano por ele eventualmente causado. O remédio em excesso, como referido, torna-se veneno: abusos de poder e a violência exercida fora da legalidade atuam diretamente contra o elemento expressivo possível da punição, tornando-a gratuita, fazendo com que haja somente “reações defensivas, com as quais o prisioneiro nega a injustiça que causou e o sofrimento da vítima e os neutraliza perante si mesmo”³⁹³. Nesse sentido a reflexão de WALGRAVE, assumindo o prisma comunicativo que a pena deve(ria) expressar:

A desaprovação expressa pela sentença penal pode até comunicar uma mensagem clara ao grande público, mas falha em comunicar-se adequadamente com os outros fatores chave no crime, notadamente a vítima e o ofensor. (...). O ofensor não escuta a mensagem moralizante, mas busca se afastar dela na medida do possível. Não ouve o convite, mas apenas experiencia a ameaça. A maior obstrução para a boa comunicação é a opção *a priori* pela inflicção de um tratamento duro.³⁹⁴

Chega-se a conclusões similares através da noção de *técnicas de neutralização* sugerida por SYKES e MATZA, construída no horizonte da teoria da associação diferencial ou da aprendizagem de Edwin SUTHERLAND, segundo o qual o comportamento desviante é consequência de um processo de aprendizagem similar a qualquer outro, processo este condicionado a variáveis ligadas às interações sociais³⁹⁵.

³⁹² ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 40. No mesmo sentido HIRST, Paul. “The concept of punishment”. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). *A Reader on Punishment*, p. 276: “Indivíduos são construídos como agentes antes das penas e dentro dos procedimentos legais; eles são interpelados como os ‘representantes’ que tais penas e procedimentos supõem”. No original: “Individuals are constructed as agents before punishments and in legal procedures; they are interpellated as the ‘representative individuals’ these punishments and procedures suppose”.

³⁹³ GÜNTHER, Klaus. “Crítica da Pena – I”. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, jul.dez. 2006, p. 196.

³⁹⁴ WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 65: “Disapproval expressed by the criminal sentence may communicate a clear message to the public at large, but it fails to communicate adequately to the other key factors in the crime, namely the victim and the offender. (...). The offender does not listen to the moralizing message, but tries to get away with as lenient a punishment as possible. He does not hear the invitation, but merely experiences the threat. It is the *a priori* option for inflicting hard treatment which is the major obstruction for good communication”.

³⁹⁵ Sobre, v. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. Trad. Asdrubal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins Editora S. A., 1949.

Frontalmente contrários às teorias das subculturas, que defendiam a existência de “outros valores” entre os “criminosos”, opostos aos valores dominantes, SYKES e MATZA afirmaram a manutenção da validade moral do sistema normativo dominante mesmo por parte dos que violam suas regras³⁹⁶. Em seguida, cunharam o conceito de técnicas de neutralização como mecanismos de “neutralização das demandas internas e externas de conformidade”³⁹⁷, protegendo o sujeito de um possível sentimento de “culpa”, sendo cinco principais: (a) a negação da própria responsabilidade; (b) a negação do dano causado; (c) a negação da vítima, desumanizando-a, o que é típico dos crimes de ódio; (d) a condenação de quem condena e, por fim, (e) o apelo a instâncias superiores de lealdade, sem que isso signifique a instalação de uma nova normatividade.

Para Dirk FABRICIUS, a “imposição de estímulos aversivos” não é capaz de atingir o objetivo de evitar determinado comportamento, salvo sob condições muito limitadas e “de quase impossível implementação na vida normal. A pena é especialmente ineficaz quando não se reforça o comportamento alternativo – o que se pressupõe, por óbvio, que ele seja oferecido”³⁹⁸. Ora, há vastíssima bibliografia, com respaldo empírico, sobre a pena privativa de liberdade e como o que se “oferece” e oportuniza – quiçá como única alternativa – é exatamente o tipo de comportamento e postura que, em tese, desejar-se-ia suprimir: violência, brutalidade, intolerância. Vão nesse sentido os estudos, entre outros, sobre o conceito de “prisionização” e sobre os processos de “desculturação e aculturação”, com a conseguinte perda de identidade, inerentes às instituições totais³⁹⁹.

Ademais, mesmo aqueles defensores ferrenhos da pena indeterminada e da pena comotratamento concordam que qualquer “paciente” é capaz de manipular expectativas

³⁹⁶ SYKES, Gresham; MATZA, David. “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia”. *Delito y Sociedad*, n. 20, p. 128-129, por conta, em síntese: (a) das evidências da existência de sentimentos de culpa ou vergonha dentre jovens em conflito com a lei; (b) da admiração manifestada aos ‘realmente honestos’; (c) da criação de regras pelo grupo vedando a vitimização de alguns e (d) da fragilidade das teorias segundo as quais os adolescentes em conflito com a lei seriam ‘totalmente imunes às demandas de conformidade da ordem social dominante’. Sobre a relação com a justiça restaurativa, v. MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 116-123.

³⁹⁷ SYKES, Gresham; MATZA, David. “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia”. *Delito y Sociedad*, n. 20, p. 130-131. Não se pode deixar de pensar na legitimação conquistada por alguns grupos que se colocam em explícita oposição ao Estado, apresentando um discurso fundado em direitos e sua reivindicação, motivados pela violência policial e do sistema penitenciário; sobre o tema, dos mais centrais na atualidade, no Brasil, v. DIAS, Camila Caldeira Nunes. *PCC: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013; e também HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 385 e ss.

³⁹⁸ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 38.

³⁹⁹ Sobre, v. CLEMMER, Donald. *The Prison Community*. New York: Irvington Publishers, 1958; e GOFFMAN, Ervin. *Asylums*. Oxford: Doubleday, 1961 (tradução brasileira: *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1974).

e se comportar de acordo com a expectativa do entrevistador⁴⁰⁰, ou mesmo atender com retidão às normas disciplinares, sem que isso nada diga sobre sua “readaptação social”.

Com efeito, novamente sob o marco da interseção entre o interacionismo e o discurso crítico-criminológico, “se o que os homens fazem depende da maneira pela qual eles definem as situações em que estão envolvidos, uma chave para uma compreensão de tais condutas é a maneira típica pela qual situações de conflito são caracterizadas”⁴⁰¹. E se o que está em questão é a construção de mecanismos que evitem a ativação de processos de desumanização recíproca, a questão passa a ser quais são os elementos que, para tanto, devem estar presentes nas formas de mediação entre o conflito, o dano, e as expectativas presentes e futuras dos envolvidos.

Encontro e responsabilidade, ou, ainda, a responsabilidade através do encontro, é o que se deveria buscar na construção de um modelo de censura fundado na alteridade. Algo da densa reflexão filosófica sobre o “mal” pode contribuir muito para este debate. Quando Adolf Eichmann foi capturado e julgado em Jerusalém, em 1961, pela sua participação na Solução Final e fundamental colaboração na “emigração” e deslocamento dos judeus para os campos de concentração, Hannah ARENDT teve a oportunidade de trazer ao Ocidente sua perturbadora constatação sobre a “assustadora normalidade”, ou seja, *banalidade*, do mal⁴⁰². Notou que Eichmann participou diretamente da execução de milhares de seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial, sendo condenado e executado, mas que jamais compreendeu a relevância moral de suas ações porque, afinal, apenas “cumpru seu dever”. Aquele que afirmava ter por única língua o “oficialês” e se comunicava quase que exclusivamente por clichês não poderia ser enquadrado em um estereótipo relativo a uma figura “monstruosa”. A mesma pessoa que narrou que, em certa ocasião, teria convidado os companheiros a

⁴⁰⁰ Por exemplo, v. MENNINGER, Karl. “Therapy, not punishment”. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*, p. 52.

⁴⁰¹ SHIBUTANI, Tamotsu. “On the personification of adversaries”. SHIBUTANI, Tamotsu (ed.). *Human nature and collective behavior: papers in honor of Herbert Blumer*, p. 224: “If what men do depends upon the manner in which they define the situations in which they are involved, one key to an understanding of such conduct is the typical manner in which conflict situations are characterized”.

⁴⁰² ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 299: “O problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas, pois implicava que (...) esse era um novo tipo de criminoso, efetivamente *hostis generis humani*, que comete seus crimes em circunstâncias que tornam praticamente impossível para ele saber ou sentir que está agindo de modo errado”.

tomar uma taça de vinho mesmo sendo o mais novo, fato que o ainda deixava “corado de vergonha”, bem como que não era “capaz de olhar uma ferida aberta”⁴⁰³...

Sob outra ótica, um possível conceito de “mal” é dado por ZIMBARDO, como o comportamento que intencionalmente produz dano, abuso, desumanização e destruição de inocentes, ou se utiliza da autoridade ou poder para encorajar ou permitir que outros o façam⁴⁰⁴. Todavia, o autor trata a ideia não como entidade ou qualidade inerente a determinados atos, mas sob um prisma situacional, ou seja, assumindo que qualquer um pode praticar qualquer ato, em tese, a depender da existência de determinadas condições e situações.

Sua mais conhecida pesquisa foi a reunião de voluntários, através de um anúncio no jornal, para participarem de uma simulação da vida na prisão, nos porões da Universidade de Stanford, Califórnia, no verão de 1971⁴⁰⁵. Aleatoriamente divididos entre guardas e prisioneiros, a equipe se esforçou em construir um ambiente similar a uma prisão real, fixando regras simples de organização da rotina e de comportamento. Já no primeiro dia, porém, a necessidade de demonstração de autoridade levou alguns daqueles que cumpriam o papel de guardas ao cometimento de abusos não previstos, dentre os quais a realização de contagens (dos presos) desnecessárias, interrompendo várias vezes o sono de todos, no meio da noite, obrigando-os a se despir, o isolamento de “rebeldes” em celas muito quentes e diversas práticas de humilhação a todo momento, inclusive de cunho sexual. A reação dos voluntários que cumpriam o papel de presos também não demorou a se tornar violenta, em um primeiro momento, arrefecendo em seguida. Diante das circunstâncias, o experimento foi prematuramente interrompido em seu sexto dia por ZIMBARDO e sua equipe.

Quando foram publicizados os abusos cometidos pelos soldados norteamericanos na prisão de Abu Ghraib, no Iraque, em 2003, ZIMBARDO não apenas “não se surpreendeu”⁴⁰⁶ como afirmou que, uma vez mais, tratava-se de compreender a importância “da situação”, sem supor a existência de uma “essência” do mal. Segundo o pesquisador, os principais fatores a serem levados em conta seriam, primeiro, o poder das regras; segundo, o poder dos papéis; terceiro, de certo modo desdobramento desses, o anonimato e a desindividualização através de medidas como o uso obrigatório de

⁴⁰³ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, p. 44; 102.

⁴⁰⁴ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 5.

⁴⁰⁵ A experiência é detalhadamente narrada e comentada em ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 23-194.

⁴⁰⁶ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 324 e ss.

uniformes e a substituição do nome por um número⁴⁰⁷. Regras e papéis justificam tudo, produzem realidades, acobertam: a desindividualização que delas resulta afasta, enfim, qualquer possibilidade de responsabilidade.

As práticas modernas de censura, reduzidas à produção e reprodução da diferenciação social através da pena e da violência estatal, prescindem da atribuição de efetiva responsabilidade ao inviabilizarem a possibilidade do encontro e da mediação. Excluem e segregam, sem responsabilizar; punem gratuitamente, embora de modo funcional à estrutura social e econômica, sem estabelecer vínculos reais com o dano produzido a outrem.

Não há como, nesse ponto, não dialogar com a psicanálise, embora seja necessário se delimitar bem os campos nos quais o discurso jurídico e o discurso psicanalítico podem estabelecer pontos de aproximação, jamais com a pretensão de superposição ou estabelecimento de uma simetria entre eles. Convém sim visualizar como o discurso jurídico e sua concepção totalizante de *sujeito* se mostram insuficientes diante do campo psicanalítico, “instaurado a partir da postulação da falta radical e originária do objeto da pulsão e do objeto do desejo, bem como da falta, também radical e originária, de um significante primordial a partir do qual a ordem simbólica se estruturasse”⁴⁰⁸.

Mais uma vez retornando à dimensão da linguagem, tendo em conta a palavra não como enunciado, tal qual nos discursos científicos e filosóficos, mas como enunciação, “onde se manifesta a emergência do sujeito do desejo como efeito inconsciente da cadeia simbólica”⁴⁰⁹, como tratar de uma forma de controle social construído na interação social? Não se trata do “sujeito jurídico” cognoscente, “identificado com o consciente, que necessariamente está no mundo para responder a uma juridicidade que lhe vem de fora”⁴¹⁰, mas do sujeito marcado pela cisão ou

⁴⁰⁷ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 210 e ss.

⁴⁰⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 27.

⁴⁰⁹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 32.

⁴¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 42. Sobre, MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 33: “A questão da clivagem do sujeito, da pressuposição de um corte radical e constitutivo entre o *eu* consciente e racional e o *sujeito* inconsciente e desejante, é de uma importância tão crucial, que se pode dizer sem exagero que ela se encontra na função da própria possibilidade de inauguração do campo de algo assim como a teoria psicanalítica”.

clivagem entre o consciente e o inconsciente e constituído pelo desejo e pela falta inafastável.

A psicanálise indicou, pois, que há uma negatividade, decorrente da limitação ao gozo (castração), a operar como fator constitutivo do sujeito e seu pertencimento ao coletivo. Nesse sentido é que a questão da censura deve ser compreendida, também no marco do discurso psicanalítico, desde a ótica da função paterna, permitindo ao sujeito “sua inserção na ordem simbólica, desejante, porque a barra/recalque abre a possibilidade de inscrever na subjetividade o significante do Outro”⁴¹¹. De acordo com CALIGARIS, quando os laços sociais são “reais”, os atos trazem ao sujeito algum lugar simbólico que os laços sociais não o garantem, “explicando”, assim, o ato criminoso pela sua pretensão de ocupar um lugar simbólico, fazer um nome que lhe não foi dado, e paradoxalmente, através do ato criminoso, encontrar a lei, “mesmo sob a forma de uma sanção”⁴¹². A questão seria, então, como direcionar as práticas de censura à construção de laços sociais simbólicos, consistentes, para que não sejam necessários atos simbólicos de afirmação?

Ocorre que o discurso de minimização do papel do Estado “despreza o homem” justamente porque “operando um *desmonte do Estado* furta-lhe a possibilidade de exercer a *função paterna*, apondo aí o seu próprio ‘eu’, ou seja, o *mercado*”⁴¹³, associando o lucro e o consumismo a um gozo sem limite. Nesse caso, intensifica-se a busca de atos que afirmem simbolicamente o sujeito e não deve espantar o levante de excluídos do acesso aos bens básicos da vida e da sociedade de consumo com a “marca da realidade revoltada”⁴¹⁴. Compõe-se assim uma nova economia psíquica, seguindo Jean-Pierre LEBRUN, protagonizada por “neo-sujeitos”, tendo por característica a

⁴¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 44.

⁴¹² CALIGARIS, Contardo. “Hello Brasil!: notas de um psicanalista europeu viajando ao Brasil”. São Paulo: Escuta, 1991 *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Neoliberalismo e Sistema Punitivo”. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). *Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*, p. 13.

⁴¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 68.

⁴¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Neoliberalismo e Sistema Punitivo”. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). *Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*, p. 9-11: “Os neoliberais construíram um ‘monstro’; e agora, na hora em que se deve prestar contas, não se podem eximir da responsabilidade. (...) Os motivos são retóricos e, por trás de tudo está em jogo uma tentativa – sempre infeliz porque parcial – de gozar a qualquer preço em razão do sofrimento do outro. Sofrem, porém, todos”.

erosão dos mecanismos sociais de “humanização da falta” que decorre da castração: nesse sentido, uma perversão comum/coletiva⁴¹⁵.

Como se sabe, o conceito de “perversão” remete justamente a problemas no processo de enfrentamento da castração e limitação do gozo. A identificação de uma perversão comum e coletiva decorreria da ausência de um lugar para reconhecimento da negatividade como elemento constitutivo da vida coletiva. Tratar-se-ia de uma economia psíquica somente materna, sem confrontação com a perda, com o limite, “sem Outrem”, entendendo-se por Outrem “aquele ao qual eu me endereço”, sob uma noção de destinação e movimento dentro do próprio psiquismo, não necessariamente se tratando de um “outro” de carne e osso⁴¹⁶. A ausência da alteridade alimenta a ilusão de um gozo infinito e acaba por instrumentalizar o “outro de carne e osso”. Esse, inclusive, é o sentido de desumanização para LEBRUN⁴¹⁷.

Muito além de se pretender buscar novas explicações causais do comportamento agressivo ou violento sob o prisma individual, a questão posta, seguindo LEBRUN, centra no coletivo, e especialmente nas práticas humanas/sociais de censura e punição. Quando falta a representação da castração dentro de uma economia psíquica coletiva é todo o laço social que se esvai, com repercussões tremendas sobre as modalidades de resposta à violência “dos outros”. Quais práticas de censura e, portanto, quais modelos de regulação, poderiam “reintroduzir a função de castração no discurso”⁴¹⁸ – ao invés de se alimentarem de sua ausência e intensificarem o gozo com o sofrimento do outro – nas práticas de censura através da alteridade, senão se pautadas pela confrontação com o outro e com aqueles a quem se mantém laços consistentes?

Para Dirk FABRICIUS, diante do esvaziamento do conceito de culpabilidade na dogmática penal, o que deve ser defendido como ponto de partida seria um sistema normativo interno “autônomo”, fundado na internalização de responsabilidades, e não “heterônomo”, fundado na obediência e disciplina: segundo o autor, o termo seria “bastante adequado para caracterizar de maneira resumida os indícios ubíquos de um

⁴¹⁵ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*, p. 23.

⁴¹⁶ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*, p. 307.

⁴¹⁷ LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*, p. 66: “Pensava-se que matar o homem era possível, desumanizá-lo, impossível. Ora, foi essa desumanização que foi querida, e parcialmente realizada, em todos os campos de extermínio e em todos os locais desses campos. O fato de isso ter sido querido, e coletivamente realizado, mesmo sem que se tivesse podido ir até o cumprimento total desse projeto insensato, bastou para quebrar essa certeza de que o vazio que faz o humano é inatingível”.

⁴¹⁸ No momento mais propositivo e não apenas explicativo de seu texto, LEBRUN assume claramente como escopo a reintrodução da função da castração no discurso; cf. LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem o outro*, p. 331 e ss.

sentimento de culpa que se desenvolve espontaneamente, que reage à lesão ao próximo e que motiva à reconciliação”⁴¹⁹.

Responsabilidade se vincula, assim, à assunção de um papel ativo na discussão sobre “o que fazer”, permitindo sua participação direta na construção de uma proposta de reparação. Para ZEHR, trata-se de perceber a dimensão das consequências das próprias ações:

A verdadeira responsabilidade, portanto, inclui a compreensão das consequências humanas advindas dos nossos atos – encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem o fizemos. Mas a verdadeira responsabilidade vai um passo além. Ela envolve igualmente assumir a responsabilidade pelos resultados de nossas ações. Os ofensores deveriam ser estimulados a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e depois incentivados a tomar as medidas para reparar os danos.⁴²⁰

O sentido ora atribuído a “responsabilidade” se distancia e não pode se confundir com os escopos de prevenção típicos do correccionalismo penal, seja em sua dimensão positiva ou negativa, voltadas à evitação da reincidência por meio, respectivamente, do disciplinamento pelo binômio educação/trabalho e da neutralização. Ambas constituem discursos e fundamentam políticas públicas relacionadas à questão criminal, sendo porém um grave equívoco a vinculação necessária para com práticas ditas restaurativas. Isso porque a assunção de responsabilidade com base na alteridade não equivale nem se aproxima à “transformação” ou “reforma” do sujeito, sempre na posição passiva⁴²¹, escopo inevitavelmente impregnado de conteúdo disciplinar e não atento à objeção kantiana quanto à autonomia e dignidade humana.

Trata-se de um risco constante, mormente considerando que a maioria das práticas atuais nesse sentido envolvem adolescentes, *locus* por excelência de exercício da “ortopedia da moral”. Compreendido o adolescente como sujeito, e não “menor” a ser assujeitado, moralizado, o ato infracional poderá ser visto como “(possível)

⁴¹⁹ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 25; 28.

⁴²⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 41. No mesmo sentido, BRANCHER, Leoberto. “Justiça restaurativa, democracia e comunidade”. In: *Justiça juvenil restaurativa em comunidade: uma experiência possível*, p. 51: “responsabilizar-se implica um posicionamento ativo dos sujeitos diante da violação do outro, assumindo as consequências dos seus atos diretamente junto às vítimas e à comunidade”.

⁴²¹ WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 69. Sobre o grave equívoco em situar a reincidência como obstáculo às práticas restaurativas, v. SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 421.

sintomade que algo não está acertado subjetivamente”, o que permitiria buscar “trazer o adolescente para o *laço social*”, constituindo-se um limite⁴²².

Nesse sentido a crítica de ROSA:

no Brasil, qualquer pretensão pedagógica-ortopédica será sempre charlatã, de boa ou má fé. Resta, pois, no limite do possível eticamente, contra o senso comum social, respeitar o sujeito e com ele, se houver demanda, construir um caminho, sempre impondo sua responsabilidade pelo ato e o relembrando, ou mesmo advertindo, de que existe algo de impossível, algo que se não pode gozar. Nem nós, nem eles. Daí o papel, função e lugar da Justiça Restaurativa.⁴²³

Se ressignificadas pelo escopo da reforma do sujeito, mesmo medidas como a reparação do dano à vítima ou outras penas restritivas de direito não poderão ser classificadas como “restaurativas”.

A perspectiva de BARATTA sobre o tema da prevenção especial positiva ou “reintegração social” ainda é das mais sugestivas e merecedoras de reflexão e se coaduna, mesmo se não explicitamente, com os pressupostos presentes. A sua premissa é a ressignificação do conceito como forma de redução de danos, ou seja, a “reintegração social do condenado” não se dá jamais através da pena privativa de liberdade, mas *apesar dela*⁴²⁴, servindo a “meta”, porém, como princípio de resistência aos efeitos negativos produzidos pelo cárcere.

Importante observar que BARATTA rejeita as teorias neoretribucionistas com base no mesmo argumento de HART, qual seja, aquele segundo o qual elas confundiriam um princípio de limitação – a ideia de proporcionalidade no momento da aplicação – com um princípio de justificação da pena em geral, problema que seguiria em aberto⁴²⁵. Ele é simpático à ideia de uma ausência de fins explícitos, na esteira da teoria negativa/agnóstica. O ponto central, de todo modo, é a harmonia entre suas propostas para que a noção de “reintegração social” tenha tal funcionalidade redutora de danos e algumas das premissas basilares das práticas restaurativas.

Primeiramente, o combate à estigmatização mediante a rejeição de qualquer concepção patologizante e a “simetria funcional” entre os programas sociais voltados a condenados ou egressos e aqueles voltados à população em geral. Em segundo lugar, a

⁴²² ROSA, Alexandre Morais da. “Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades”. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, p. 207-208.

⁴²³ ROSA, Alexandre Morais da. “Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades”. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, p. 211.

⁴²⁴ BARATTA, Alessandro. “Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 137 e ss.

⁴²⁵ BARATTA, Alessandro. “Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 141-142.

proposta de se compreender a situação socialmente negativa como uma oportunidade para que a própria comunidade tome consciência de seus problemas e contradições, conexas com o conflito concreto ali em questão. Por fim, BARATTA defende a “destecnização” da questão carcerária e a relativização das funções profissionalizadas, desinstitucionalizando-se gradualmente o conflito e seu controle⁴²⁶.

Pode-se trazer à baila, nessa esteira, com cautela e crítica, a teoria da *vergonha reintegradora*, do australiano John BRAITHWAITE, que tem suscitado reflexões intensas no mundo ocidental e embasado experiências práticas inúmeras principalmente na Austrália, Canadá e algumas regiões dos Estados Unidos. Para BRAITHWAITE, o núcleo essencial da censura é a produção de vergonha, a qual, se manejada da forma adequada, viria a ser o principal instrumento para redução de conflitos em qualquer sociedade⁴²⁷.

A distinção fundamental, desde logo, dá-se entre uma vergonha “reintegradora” e outra “estigmatizante”. Esta última é aquela que historicamente se coloca como objeto das criminologias crítica-se que produzem efeitos destrutivos sobre a identidade do sujeito. A vergonha reintegradora, por outro lado, seria aquela “que produz vergonha enquanto mantém os laços de respeito ou amor, que encerra a reprovação com o perdão, ao invés de potencializar o desvio mediante a gradual exclusão do desviante”⁴²⁸. O melhor exemplo desta última seria justamente o modelo da família, na qual, segundo o autor, ficaria comprovado como é possível punir e envergonhar sem destruir laços de respeito⁴²⁹.

Eventual inibição da reiteração da conduta decorreria não da intimidação relativa à polícia, ao juiz ou aos jornais, mas sim da vergonha e da responsabilização “sob o olhar daqueles em quem respeitamos e confiamos”, ou seja, familiares e a comunidade de suporte chamada a um lugar protagonista nas práticas restaurativas: “*waiho ma te*

⁴²⁶ BARATTA, Alessandro. “Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, p. 147-149.

⁴²⁷ BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*, p. 8: “O crime é melhor controlado quando membros da comunidade são os controladores primários, através da participação ativa na produção de vergonha, e, após, através da participação harmonizada em maneiras de reintegrar o ofensor de volta à comunidade”. No original: “Crime is best controlled when members of the community are the primary controllers through active participation in shaming offenders, and, having shamed them, through concerted participation in ways of reintegrating the offender back into the community of law abiding citizens”

⁴²⁸ BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*, p. 12-13: “that shames while maintaining bonds of respect or love, that sharply terminates disapproval with forgiveness, instead of amplifying deviance by progressively casting the deviant out”.

⁴²⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*, p. 56.

whakama e patu” (“deixe-o sozinho, é punido pela vergonha”, ditado maori)⁴³⁰. A censura seria comunicada ao ofensor de modo inseparável da afirmação do respeito por ele próprio. Nesse sentido é que a mediação entre autor e vítima, com seus respectivos familiares, seria fundamental para que o autor do dano percebesse as dimensões e consequências do que fez. Por outro lado, quer-se também que a vítima ou seus familiares obtenham uma compreensão mais ampla acerca do contexto histórico e social do que levou à ocorrência daquele fato.

Nesse sentido, BRAITHWAITE defende a realização dos escopos preventivos através da ativação da respectiva “comunidade de suporte”, formada por agentes capazes de evitar a repetição do fato, chamando-os à responsabilidade. A prevenção é cumprida, assim, fora do sistema penal. As medidas restaurativas atingiriam quem pode, efetivamente, produzir prevenção, por ele denominados “*soft targets*”⁴³¹, tese com especial relevância no âmbito da aplicação de práticas restaurativas em casos de violência doméstica. Envolvendo os parentes, amigos, vizinhos, mais capazes de produzir prevenção que o sistema penal, estar-se-ia criando um “círculo virtuoso”⁴³² no lugar do círculo vicioso da produção e reprodução de estereótipos, da diferenciação social, da mimetização da violência.

BRAITHWAITE busca ainda construir outras contraposições conceituais⁴³³: em relação às “cerimônias de degradação” descritas por GARFINKEL, fala em cerimônias dos conflitos construtivos⁴³⁴; quanto às “técnicas de neutralização” de SYKES e MATZA, afirma que a mediação e os círculos restaurativos as desafiam frontalmente, especialmente aquelas da negação da vítima, da negação do dano causado ou da “condenação dos que condenam”, mormente em um ambiente de respeito e diálogo, enquanto são, por outro lado, reforçadas e estimuladas pela justiça penal tradicional.

A teoria de BRAITHWAITE é muito importante especialmente por conta de sua recepção e influência, mas deve ser analisada com cuidado. O risco de novas “cruzadas morais” é ínsito à ideia da produção de vergonha, o que deve ser sopesado com a efetiva

⁴³⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 74: “in the eyes of those we respect and trust”.

⁴³¹ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 110.

⁴³² BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 117. O autor menciona, inclusive, dados colhidos a partir de entrevistas com participantes de círculos restaurativos em Canberra (Austrália), em que diversos acusados responderam que temiam mais participar de novas conferências, diante de seus familiares e amigos, do que uma nova prisão.

⁴³³ GARFINKEL, Harold. “Conditions of successful degradation ceremonies”. *American Journal of Sociology*, vol. 61, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1956, p. 420-424.

⁴³⁴ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 80-85.

participação do sujeito na elaboração do conflito e possíveis acordos de reparação. Para RUGGIERO, por sua vez, a teoria de BRAITHWAITE conduz à “humilhação”, a qual, seja “integradora ou desintegradora”, não teria espaço em uma análise abolicionista ou crítica⁴³⁵. Pondera o autor que para a “restauração” basta o processo de participação de autor e vítima, e suas respectivas comunidades de suporte, na elaboração de acordos de reparação simbólica e material, não sendo necessário se adotar um escopo de “produção de vergonha”.

A crítica de Allison MORRIS destaca, primeiramente, a dificuldade de transposição da teoria à prática, ou seja, como efetivamente diferenciar uma vergonha “reintegradora” de outra “estigmatizante”, já que “é o indivíduo sendo envergonhado e não quem envergonha que determinará quando a vergonha é ou não efetivamente reintegradora”⁴³⁶; observando também que o conceito seria limitadamente individualizante e incapaz de trazer à baila as condições estruturais de marginalização social. De fato, há exemplos de práticas discriminatórias decorrentes do anseio em “envergonhar”: pode-se mencionar o caso do jovem, em Canberra, que foi levado a usar uma camiseta escrito “Sou ladrão”, suscitando contundentes críticas, inclusive por parte do próprio BRAITHWAITE⁴³⁷.

De fato, a concepção desconstrucionista não permite perder de vista a preocupação com a construção da figura do “acusado” como sujeito, sob pena de os próprios envolvidos em práticas restaurativas contribuírem com a mesma lógica (disciplinar) do sistema formal de justiça penal. O conceito de “processos de criminalização” não permite uma abordagem exclusivamente individualizada do dano causado, sendo sempre necessário levar em conta a violência estrutural e institucional e, principalmente, as condições estruturais para que ocorresse o caso concreto em questão.

Com WOOLFORD, “danos estruturais relacionados à desigualdade de gênero, à discriminação racial, ou à injusta distribuição econômica, por exemplo, estão

⁴³⁵ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 230. A principal crítica às teses de BRAITHWAITE, sob essa ótica, é sua recepção acrítica das finalidades tradicionalmente atribuídas à pena estatal e principalmente à pena privativa de liberdade, cf. BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 73. Sua linha de argumentação, segundo a qual a justiça restaurativa “cumpriria melhor” os escopos de prevenção geral negativa, de prevenção especial positiva, de prevenção especial negativa, e assim por diante, pode até ser politicamente interessante, mas é temerária e acaba se distanciando das concepções restaurativistas mais avançadas.

⁴³⁶ MORRIS, Allison. “Revisiting reintegrative shaming”. *Criminology Aotearoa*, n. 16, p. 11: “it is the individual being shamed and not the shamer who will determine whether or not the shaming is actually reintegrative”.

⁴³⁷ BRAITHWAITE, John. “Setting Standards for Restorative Justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 567.

frequentemente na base dos conflitos do cotidiano que são o dia-a-dia da justiça restaurativa”⁴³⁸. Apenas para exemplificar, se a questão trata de um marido que violentou e agrediu a própria esposa, a questão *também* seria quais são as condições sociais, econômicas, ideológicas, que permitem a reprodução da violência de gênero nesse contexto. Em outras palavras, práticas restaurativas de censura não podem se restringir ao caso individual, sob pena de reproduzirem estereótipos e preconceitos.

3.3. Movimentos de resgate da participação ativa dos sujeitos do conflito: “restauração”

Em um primeiro momento dentro do século XX, assistiu-se à emergência da vitimologia como uma nova disciplina e da ideia da reparação do dano como uma modalidade de pena. Foi depois, porém, que se passou a falar de forma mais contundente de um novo papel para a reparação do dano; primeiramente com Giorgio DEL VECCHIO⁴³⁹, em 1965, argumentando que a compensação, inclusive simbólica, seria a única forma de atender às expectativas de justiça da vítima e da coletividade. Em seguida, em 1977, Randy BARNETT defendeu a “restituição pura” como um novo paradigma para a justiça penal: o conceito de “crime” seria visto como uma ofensa a direitos de alguém, e não do Estado, consistindo sua forma pura na compensação pelo dano causado sem passar pela imposição de sofrimento ao ofensor⁴⁴⁰. Tudo isso contribuiria de forma mais eficaz, segundo o autor e outros, como o psicólogo Albert EGLASH, para se atingir a fins tais quais a “reabilitação” do acusado sem o recurso à privação de liberdade. EGLASH é apontado, justamente, como o primeiro a utilizar o termo “justiça restaurativa” no contexto ocidental⁴⁴¹, classificando-a como uma terceira possibilidade ao lado das justiças “retributiva” e “distributiva” e caracterizada como *criativa* por contar com a participação dos diretamente envolvidos.

⁴³⁸ WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 27: “structural harms of gendered inequality, racist misrecognition, or unfair economic distribution, for example, are often in root in the everyday social conflicts that are the fodder of restorative justice”.

⁴³⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. “The struggle against crime”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 197-203.

⁴⁴⁰ BARNETT, Randy. “Restitution: a new paradigm of criminal justice”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 50. Para uma consistente defesa da “teoria da restituição pura” como uma resposta ao argumento da necessidade da pena, v. BOONIN, David. *The problem of punishment*, p. 218 ss.

⁴⁴¹ EGLASH, Albert. “Creative Restitution: A Broader Meaning for an old term”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 48, 1957-1958, p. 619-622.

“Restauração”, “restituição criativa”, mediação: a denominação não deve importar tanto, já que “nomes” muitas vezes podem trazer consigo vícios e experiências que não correspondem ao que se pretende. O ponto central está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão. É natural que prevaleça a utilização dos termos relativos às “práticas restaurativas” porque se trata, efetivamente, do mais consistente movimento, na atualidade, que caminha nessa direção. De todo modo, o termo não deve aprisionar e reduzir o potencial da proposta que está na base.

A justiça restaurativa, em sentido amplo, é em regra definida como conjunto de princípios normativos que, assim como outras teorias, visa responder à questão sobre como deve uma sociedade (re)agir diante do conflito⁴⁴². A primeira metáfora marcante ao se tentar definir se refere a um outro “olhar”, outras “lentes”⁴⁴³, buscando expressar a necessidade de revisão de postulados arraigados que estão na base do moderno sistema de justiça criminal. É preciso, justamente, rever o que significa “crime”, o que significa “punir” e qual papel deveria realmente ocupar a vítima no “conflito”. Trata-se de um amplo movimento social global com grande diversidade interna⁴⁴⁴, “novo paradigma de justiça” e não “mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual”, tendo por fundamentos a ampliação dos espaços democráticos e a construção de novas modalidades de regulação social⁴⁴⁵.

Não há um único conceito ou perspectiva sobre o que efetivamente significa restaurar. Para SICA, inclusive, “procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”⁴⁴⁶. Um possível ponto de partida está na definição adotada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas na Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2012, a qual define as práticas restaurativas como *processo*:

⁴⁴² Nesse sentido ROCHE, Declan. *Accountability and restorative justice*, p. 58.

⁴⁴³ HULSMAN, Louk. “Alternativas à Justiça Criminal”. PASSETTI, Edson (coord.), *Op. cit.*, p. 52; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁴⁴⁴ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. “The meaning of restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*, p. 5.

⁴⁴⁵ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 434.

⁴⁴⁶ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 417.

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).⁴⁴⁷

Similar, a mais recente Diretiva 2012/29/UE (União Européia), de 25 de outubro de 2012, define a justiça restaurativa como “qualquer processo pelo qual a vítima e o ofensor são capacitados, se assim consentirem, a participar ativamente na resolução dos problemas oriundos da ofensa criminal através do auxílio de um terceiro imparcial”⁴⁴⁸.

Ted WACHTEL defende, preliminarmente, a diferenciação entre “práticas” e “justiça restaurativa”, sendo esta última um subsistema ou decorrência das primeiras:

A justiça restaurativa é reativa, consistindo em respostas formais ou informais ao crime e outras ofensas depois de sua ocorrência. A definição do Instituto (IIRP) de práticas restaurativas inclui também o uso de processos formais e informais que precedem a ofensa, as quais proativamente constroem relações e um sentido de comunidade a fim de prevenir o conflito e as ofensas⁴⁴⁹.

A ênfase que associa a restauratividade ao processo e à participação, mais que ao próprio acordo ou resultado, está presente no conceito de Tony MARSHALL, para quem se trata de um “conjunto de princípios” que delimita um método de resolução de conflitos que envolve as partes envolvidas e a comunidade de um modo ativo e participativo⁴⁵⁰. Trata-se da visão minimalista ou pura, que prioriza a efetiva resolução de conflitos por mecanismos de mediação e traz um conceito de reparação simbólica, não apenas pecuniária.

Nessa perspectiva é necessário, para que se possa falar em restauração, que haja ao menos a tentativa de promoção de um encontro face-a-face entre vítima e ofensor, assim como entre seus respectivos círculos familiares e sociais, e que sejam eles a debater e construir a proposta de acordo de reparação simbólica. Se a ênfase reside no processo restaurativo, e não tanto no resultado, é coerente dizer que a “desvinculação da mediação com o resultado final de acordo revela sua não-instrumentalidade em relação

⁴⁴⁷ Resolução 2002/12-ONU, I.2 (trad. Renato Sócrates Gomes Pinto). Sobre, v. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*, p. 87 e ss.

⁴⁴⁸ Directive 2012/29/UE, art. 2., I, “d”: “any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the criminal offence through the help of an impartial third party”.

⁴⁴⁹ WACHTEL, Ted. “Defining Restorative”. *International Institute for Restorative Practices*, 2013, p. 1: “Restorative justice is reactive, consisting of formal or informal responses to crime and other wrongdoing after it occurs. The IIRP’s definition of restorative practices also includes the use of informal and formal processes that precede wrongdoing, those that proactively build relationships and a sense of community to prevent conflict and wrongdoing”.

⁴⁵⁰ MARSHALL, Tony. “Restorative justice: an overview”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 28. Ver também PERRIER, Camille. *Criminels et victims: quelle place pour la réconciliation?*, p. 43-47.

ao processo penal, por um simples motivo: a mediação penal não é um meio e sim um fim”, sendo a mediação, nesse sentido, “uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional”⁴⁵¹.

Para a perspectiva maximalista, diferenciando-se da minimalista, é admissível a inclusão da coerção à cooperação e possível a ressignificação do processo penal tradicional e da pena estatal sob o prisma da restauração⁴⁵². Em regra, mas não necessariamente, a ênfase acaba se deslocando para a reparação dos danos sofridos sob um prisma compensatório ou restitutivo, mais preocupado com a reparação financeira/pecuniária da vítima.

Ambas concepções podem também se diferenciar conforme a ênfase seja dada ao *encontro* ou à *reparação*, nos termos da abordagem de JOHNSTONE e VAN NESS⁴⁵³, os quais ressaltam que as perspectivas devem se complementar, e não se excluir.

A importância do encontro é vinculada à relevância da verbalização da própria experiência. Reconhecê-lo é coerente em atentar à construção social da identidade de “vítima” através de processos de comunicação verbal e simbólica: “isso significa que nós queremos que os outros reconheçam nosso sofrimento para que a etiqueta ‘vítima’ faça sentido”⁴⁵⁴. Na pesquisa em que MORRIS e MAXWELL analisam a experiência das conferências familiares na Nova Zelândia, constatou-se que apenas um quartadas vítimas participantes afirmaram terem saído “pior” do encontro, e a razão mais frequente dentre estas foi justamente ter tido a percepção de que o adolescente acusado não estava efetivamente “se importando” com os danos que havia causado a eles⁴⁵⁵. Para que isso ocorra, para que haja a elaboração de uma proposta de reparação simbólica que seja plena de significado para todos os envolvidos, não é necessária a imposição de sofrimento ao responsável pelo dano causado. Por outro lado, a proposta

⁴⁵¹ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 419.

⁴⁵² “Fazer justiça através da restauração”, cf. WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 62; v. também LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*, p. 23-24.

⁴⁵³ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. “The meaning of restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*, p. 9 e ss.

⁴⁵⁴ WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 91: “this means we require others to recognize our hurt so the label ‘victim’ makes sense”.

⁴⁵⁵ MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 206.

de reparação simbólica não pode se restringir à dimensão meramente econômica ou pecuniária:

A reparação simbólica tem um significado ‘interno’ à mediação, na medida em que marca formalmente o reconhecimento entre autor e vítima do crime, através de gestos positivos (pedido de desculpas, dar as mãos) que ocorrem espontaneamente entre os envolvidos. Dentre as hipóteses de reparação simbólica realizadas até hoje está também a possibilidade de se desenvolver jornadas de atividades socialmente úteis, por exemplo junto a bibliotecas da comunidade, centros de idosos, orfanatos.⁴⁵⁶

Vale ressaltar que não obstante alguns desses acordos de reparação simbólica possam se aproximar de modalidades já conhecidas de penas restritivas de direitos, como a prestação de serviços à comunidade, há a distinção marcante por conta justamente da participação ativa dos envolvidos no processo de discussão e decisão⁴⁵⁷. Ao se resgatar um lugar protagonista à vítima, adentra-se em um âmbito de competição pelo próprio significado atribuído à sua identidade, o que requer cautela para que a narração da experiência não seja apropriada segundo critérios políticos tipicamente voltados à redefinição da cidadania como enfraquecimento do Estado, como se a responsabilização do cidadão, segundo uma racionalidade instrumental e economicista, devesse significar a mitigação de determinadas obrigações estatais.

Sob uma perspectiva sociológica, de acordo com BERGER e LUCKMANN, o encontro face a face permite que a verbalização, pela linguagem, tipifique experiências e, assim, torne a própria subjetividade mais acessível a si próprio⁴⁵⁸. A mediação tem a linguagem por único instrumento, justamente para que sejam ativados os espaços comunicativos intersubjetivos possíveis⁴⁵⁹. Sob o prisma da psicologia, de acordo com SCALI e VOLPINI, com base em sua experiência profissional na *Sezione de Mediazione Penale di Roma*, o objetivo precípua é a redefinição, em termos positivos, da experiência da vitimização, tendo por pressupostos teóricos os conceitos de

⁴⁵⁶ BRUNELLI, Federica. “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 79: “La riparazione simbolica ha una valenza ‘interna’ alla mediazione, in quanto sancisce formalmente l’avvenuto riconoscimento fra autore e vittima del reato, attraverso i gesti positivi (scuse, stretta di mano, farsi vedere nuovamente in giro insieme) che si realizzano spontaneamente fra le parti. Fra le ipotesi di riparazione simbolica realizzate fino ad oggi è stata anche sperimentata la possibilità di svolgere giornate di attività socialmente utili, svolte per esempio presso la biblioteca del paese, al centro anziani, alla colonia estiva”.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, SHAPLAND, Joanna. “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 200-201.

⁴⁵⁸ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, p. 56.

⁴⁵⁹ MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 347-348.

responsabilidade e autodeterminação por parte da vítima, buscando nesse sentido seu “empoderamento”⁴⁶⁰.

A possibilidade de fala visa restituir ao sujeito vitimizado sua autonomia e domínio sobre a própria vida e liberdade. Não deve ser uma ocasião de sofrimento ou revitimização, mas de “alívio”, não obstante as dificuldades de falar sobre o fato⁴⁶¹. O papel ativo que lhe é atribuído nas práticas restaurativas se contrapõe à objetificação ou coisificação em regra presente na experiência de vitimização pela violência e subordinação a outrem: esse é o sentido do termo “empoderamento” e verificável nas “falas das vítimas” presentes nas entrevistas referidas no primeiro capítulo.

Uma característica comum das práticas restaurativas é a sua organização e sistematização em torno às três dimensões envolvidas, quais sejam, a vítima, o ofensor e a comunidade ou contexto social em que o fato se encontra inserido. Há quem proponha, de forma mais radical, uma inteira mudança no vocabulário, deixando-se de lado termos como “crime” e “vítima” em prol de uma análise de todas as formas de dano existentes: é a proposta, por exemplo, da *zemiologia* e sua radical crítica à toda tradição criminológica⁴⁶². Não parece necessário, porém, ir tão longe, para que tais identidades sejam compreendidas como também construídas socialmente, deixando-se de lado metas como a reforma do indivíduo ou a pacificação da sociedade em prol da mudança dos sentidos e significados atribuídos às situações de conflito e violações de direitos. Tal perspectiva faz das práticas restaurativas uma ferramenta política com efetivo potencial para a transformação social.

Um primeiro ponto essencial, nesse sentido, como visto, é a problematização do conceito de crime no sentido de se apontar a artificialidade de sua definição formal, evidentemente condicionada ao princípio da legalidade, do ponto de vista da ausência de um referencial ontológico. Não se pode deixar de lado a problematização dos aspectos ideológicos da definição de crime e uma perspectiva ampliada sobre as condições materiais das relações interpessoais:

Se o crime é definido por cientistas em termos das condições socialmente necessárias e suficientes para sua existência, que seria mais lógico do que qualificar de criminosas estas condições sociais? (...) Pode-se argumentar que o termo ‘criminogênico’ seja usado para

⁴⁶⁰ SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. “L’ascolto delle vittime nella mediazione penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 100 e ss.

⁴⁶¹ CHRISTIE, Nils. “Restorative Justice: Five dangers ahead”. KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (org.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice*, p. 198.

⁴⁶² Por exemplo, v. HILLYARD, Paddy; PANTAZIS, Christina; TOMBS, Steve; GORDON, Dave (ed.). *Beyond Criminology: Taking harm seriously*. London: Pluto Press, 2004.

designar as condições sociais que causam o crime. Mas esse termo ofusca o ponto principal que está sendo colocado aqui: que as *condições sociais* mesmas devem tornar-se o *objeto* da política social e que não é o indivíduo ou uma vaga coleção de indivíduos atomísticos que devem ser controlados, mas, ao contrário, as relações sociais entre indivíduos que dão origem ao comportamento criminoso.⁴⁶³

Não se trata, portanto, de uma “proposta prática” dos autores abolicionistas, muito embora a recente emergência de novos programas e o fortalecimento do discurso em prol das práticas restaurativas no âmbito da crítica da pena se deva, em boa parte, ao resgate de postulados abolicionistas⁴⁶⁴, bastando notar a influência de autores como Louk HULSMAN, Nils CHRISTIE e Hermann BIANCHI nesse sentido. Na opinião de VIANELLO, a principal diferença é que, ao se defender a mediação penal, não se está efetivamente buscando uma alternativa ao direito penal, na medida em que é possível constatar empiricamente a enorme capacidade de adaptação das propostas de mediação a variados contextos legislativos e sociais⁴⁶⁵. Também GALAIN PALERMO, com ceticismo, afirma que as práticas restaurativas são complementares ao sistema penal e nunca poderão ser um modelo contraposto ao tradicional “porque compartilha não somente das definições normativas da primeira, como também do objetivo de determinar a responsabilidade do autor (...) e das mesmas finalidades”⁴⁶⁶ de prevenção geral e especial.

Defende-se neste trabalho um tipo de relação entre mediação e outras práticas restaurativas de censura com o sistema penal pautada por algo que se pode quicá denominar “*alternatividade estrategicamente não-excludente*”, a meia distância da posição segundo a qual só haverão práticas restaurativas de censura quando for “abolida” a pena como é hoje conhecida, de um lado, e da postura mais descrente para a qual não há saída para além da relação de complementaridade e dependência entre um e outro, com o consequente risco de cooptação, de outro.

Esta última posição é inadmissível na medida em que simplifica e reduz o potencial das práticas de mediação, ignorando seus caracteres distintivos fundamentais.

⁴⁶³ SCHWENDINGER, Julia; SCHWENDINGER, Herman. “Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos?”. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*, p. 172.

⁴⁶⁴ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 242. Sobre a relação entre a justiça restaurativa e o abolicionismo penal, v. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado), Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

⁴⁶⁵ VIANELLO, Francesca. “Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 131.

⁴⁶⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 91, p. 180.

O fato punível, no direito penal, ou o fato narrado que consubstancia o caso penal para o processo, bem como o ato infracional, no caso do adolescente, são todos conceitos fixados em uma dimensão estática e abstrata pois aderem a molduras e parâmetros pré-estabelecidos⁴⁶⁷. A mediação, a seu turno, é uma técnica voltada à discussão do caso concreto, mas sem conteúdo ou parâmetros axiológicos pré-definidos, o que não significa, ressalte-se, pretensão de neutralidade, mas sim um “*porsi in mezzo*”⁴⁶⁸ no qual o terceiro intermedia “trocas” entre as partes para que juntas construam uma solução ao conflito que as opõe.

Não há que se visualizar uma premissa consensual por detrás dessas práticas, pois não se está a discutir a complexa questão da “verdade”. Fala-se em práticas restaurativas apenas se pressupostos os fatos como incontroversos, o que MOSCONI entende por “fazer emergir uma verdade em curso”⁴⁶⁹ mais ampla que aquela concernente ao recorte do fato punível (“o que aconteceu naquele instante?”). O foco não está exatamente na busca obstinada por um acordo, mas no resgate de dimensões perdidas na formalização jurídico-processual tradicional, o que significa o descobrimento e a valorização da conflitividade, e não seu ocultamento. Ao trazer à resolução do conflito seus principais envolvidos e atingidos, as práticas restaurativas se sustentam sobre o “assenso”⁴⁷⁰, ao invés de se buscar o consenso.

O conceito de mediação de Jean-Pièrre BONAFÉ-SCHMITT é considerado formal⁴⁷¹ porque distingue claramente suas práticas conforme o espaço estatal ou não-estatal em que se insiram. Ele distingue “mediação penal” e “mediação comunitária”⁴⁷², sendo a primeira decorrente do diagnóstico de mau-funcionamento do Judiciário e inevitavelmente operada sob uma perspectiva gerencialista, ou seja, preocupada com a demanda e a celeridade; e a segunda ligada a uma leitura de crise do próprio sistema de

⁴⁶⁷ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 10.

⁴⁶⁸ BOUCHARD, Marco. “Mediazione: dalla repressione alla rielaborazione del conflitto”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 2, 1992, p. 191.

⁴⁶⁹ Sobre, v. MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 3-26. Similar, v. RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 228-229.

⁴⁷⁰ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 211; e também BIANCHI, Herman. *Justice as Sanctuary*, p. 71 e ss.

⁴⁷¹ Por todos, v. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pièrre. *La mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. Sobre o autor, v. VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*, p. 81 ss.

⁴⁷² BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pièrre. “Penal and Community Mediation: the case of France”. MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial*, p. 181 e ss. Em outro sentido, pela aproximação entre uma mediação penal e uma mediação social, em face da complexidade dos conflitos, v. BRUNELLI, Federica. “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 74.

regulação social. De todo modo, a mediação comunitária não pretenderia ser uma alternativa ao sistema penal:

Tais experimentos não pretendem criar uma ‘justiça paralela’ ou uma ‘justiça de segunda classe’, mas sim estabelecer um fórum de socialização. Nessa visão, a mediação deve ser analisada como um meio que permite o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, contribuindo para o desenvolvimento das relações sociais na vizinhança.⁴⁷³

Não é o critério preferido de Jacques FAGET, segundo o qual a distinção a ser estabelecida é entre a *conciliação*, definida por seu objetivo final em termos de resultado, e a *mediação*, definida por seu método voltado tão-somente aos restabelecimento de canais de comunicação⁴⁷⁴. Para WARAT, por sua vez, qualquer experiência de mediação deveria começar “com um abraço, uma dança, a aproximação de um olhar, um gesto de ternura ou um sentimento que mexesse”⁴⁷⁵, não com conceitos e palavras, e isso por ser necessário um outro tipo de linguagem, mais poética, menos exata, sendo o papel do mediador conduzir os participantes a uma experiência de sensibilidade e alteridade, ou ainda, como ele chama, de *outridade*.

O conceito de WARAT para mediação a define como “um procedimento indisciplinado de auto-ecocomposição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades”⁴⁷⁶, ocupando-se o mediador em contribuir na substituição da desordem de sentimentos e pensamentos dos envolvidos por “uma ação ordenada que inclua planos práticos, antecipações reflexivas de como atuar”. Diferentemente de outros procedimentos similares, como a conciliação, a negociação e a arbitragem, na mediação não se busca a decisão por um terceiro, mas a resolução pelas próprias partes, com a facilitação do mediador.

Tratar-se-ia, segundo Eligio RESTA, mais de “equiproximidade” do que equidistância⁴⁷⁷, ou seja, para além da imparcialidade do juiz, trata-se aqui de “sujar as mãos” e se envolver, não como um terceiro, e tampouco tomando partido pelo interesse

⁴⁷³ BONAFÈ-SCHMITT, Jean-Pierre. “Penal and Community Mediation: the case of France”. MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial*, p. 186: “These experiments are not intended to create a system of ‘parallel justice’ or ‘second-class’ justice, but to set up a socialization forum. In this view, mediation must be analysed as a means of allowing the re-establishment of communication between parties in dispute, and contributing to an improvement of social relationships in the neighbourhood”.

⁴⁷⁴ FAGET, Jacques. *La médiation: Essai de politique pénale*, p. 13. Similar, v. RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 88.

⁴⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 13.

⁴⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 57.

⁴⁷⁷ RESTA, Eligio. “Teorie della giustizia riparativa”. *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, n. 3, Roma; Funzione Editoria, 2002, p. 184.

de um ou outro, mas tendo por escopo a criação do espaço comum necessário à retomada da comunicação⁴⁷⁸.

Mediação não se confunde, portanto, com os sistemas de imputação e atribuição de responsabilidade, ou com os mecanismos de produção de uma decisão de “acertamento do caso penal”, sendo melhor definida como a “capacidade de ativar recursos comunicativos revertendo o potencial destrutivo do conflito e o transformando em uma oportunidade de expressividade reconciliativa dos envolvidos”⁴⁷⁹.

O risco de que essa tentativa de resgate seja viciada por escopos pretensamente pedagógicos ou moralistas pode ser também identificado pelas ponderações de FABRICIUS:

Preconizar consciências morais, exigir confissões de arrependimento e encher o próximo com conselhos – tudo isso não estimula o desenvolvimento autônomo da consciência, tampouco do ‘verdadeiro si mesmo’. De outro modo, aparecer como interlocutor que expõe suas objeções, articula seus interesses, necessidades e sentimentos, e com isso confronta sem se sobrepor, demonstra respeito e fomenta a disposição para responsabilidade – e, por conseguinte, cresce a chance de encontrar a solução adequada ao ‘si mesmo’ e ao próximo⁴⁸⁰.

Não se trataria, portanto, de acordo, mas de um redimensionamento do conflito e sua reconstrução simbólica⁴⁸¹. Ao se aproximar dois termos, o substantivo *mediação* e o adjetivo *penal*, FAGET defende a cautela teórica de se reconhecer a prevalência da mediação sobre a sanção:

A expressão mediação penal traz, de fato, uma proximidade semântica entre dois termos, mediação e pena, que remetem a filosofias antagônicas e podem fazer crer que a mediação possui um caráter sancionador. (...) a mediação penal deve ser antes de tudo considerada como uma mediação.⁴⁸²

Vale observar que a mediação penal não é sinônimo de prática restaurativa, embora muitas vezes sejam assim tratadas e se discorra sobre seus princípios de forma

⁴⁷⁸ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 89-90: conclui RESTA com a tautologia proposital que despreza a exigência de “competências especializadas”: “pode mediar quem pode mediar e se pode mediar tudo aquilo que se pode mediar”; cf. *Idem*, p. 91: “può mediare chi può mediare e si può mediare tutto quello che si può mediare”. Defendendo que o mediador não ultrapassa o papel de facilitador, e que se evite a sua profissionalização, v. CHRISTIE, Nils. “Restorative Justice: Five dangers ahead”. KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (org.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice*, p. 201.

⁴⁷⁹ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 92: “capacità di attivare risorse comunicative ribaltando il potenziale distruttivo del conflitto e trasformandolo in occasione di espressività riconciliativa delle parti”.

⁴⁸⁰ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 32-33.

⁴⁸¹ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 60.

⁴⁸² FAGET, Jacques. *La médiation: Essai de politique pénale*, p. 15-16: “L’expression médiation pénale organise en effet une proximité sémantique entre deux termes, médiation et peine, qui relèvent de philosophies antagonistes et peut donner à croire que la médiation possède un caractère sanctionnateur. (...) la médiation pénale doit être avant tout considérée comme une médiation”.

comum. Há diversas práticas que se não enquadram com precisão no conceito de mediação, embora pareça possível situar toda mediação penal como modalidade de prática restaurativa. A relação seria, portanto, de gênero e espécie. Sua aplicação e experienciamento caracterizam-se por ampla flexibilidade, desde que resguardados seus princípios fundamentais.

Na medida em que não há uma única prática ou conceito pelo qual se possa definir e delimitar o sentido de “restauração”, fala-se em diferentes graus de “restauratividade” a partir de determinados princípios e valores. Cada sistema ou prática poderia, assim, ser avaliado como “mais” ou “menos restaurativo” em relação à vítima, em relação ao ofensor e em relação à comunidade, conforme se aproxime ou se distancie desses princípios. Para VAN NESS, são quatro os principais atributos que devem estar presentes em uma prática efetivamente restaurativa⁴⁸³: (a) a inclusão e a possibilidade de participação dos envolvidos; (b) o equilíbrio entre os interesses e as intervenções realizadas; (c) o caráter voluntário e (d) o intento de se chegar a uma resolução do problema, conjugando o fato pretérito com uma perspectiva que se volta também ao futuro. WACHTEL, similarmente, sugere o número de partícipes envolvidos como critério para aferição de “quão restaurativa” é determinada prática: ou seja, quando o foco recai sobre apenas um dos envolvidos (a vítima, por exemplo), pode-se ainda assim operar com uma experiência “parcialmente restaurativa”; quando envolve duas perspectivas (a vítima e o ofensor, por exemplo), ter-se-ia uma experiência “tendencialmente restaurativa”; mas somente com a participação de todos, inclusive das respectivas comunidades de suporte, é que se poderia falar em uma prática “integralmente restaurativa”⁴⁸⁴.

Segundo BRAITHWAITE, por sua vez, três tipos de *standards*, ou seja, princípios fundantes, podem ser identificados: obrigatórios (*constraining standards*), recomendáveis (*maximizing standards*) ou emergentes (*emergent standards*)⁴⁸⁵. O primeiro e mais importante, segundo o autor, seria o princípio republicano da não-dominância, no sentido de que a prática restaurativa deve ter por escopo a contraposição

⁴⁸³ VAN NESS, Daniel. “Creating restorative systems”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 271-2.

⁴⁸⁴ WACHTEL, Ted. “Defining Restorative”. *International Institute for Restorative Practices*, 2013, p. 4.

⁴⁸⁵ BRAITHWAITE, John. “Setting Standards for Restorative Justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 569-571: “The constraining list are standards that must be honoured and enforced as constraints; the maximizing list are standards restorative justice advocates should actively encourage in restorative processes; the emergent list are values we should not urge participants to manifest – they are emergent properties of a successful restorative justice process”.

à dominação do mais fraco pelo mais forte, preocupando-se com o equilíbrio das disparidades de força presentes no caso concreto⁴⁸⁶. Nesses termos, a mitigação da voluntariedade da participação pela “ameaça do processo penal”, como sói ocorrer nos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, seria por si só uma violação do princípio da não-dominação.

Outros princípios “obrigatórios”, para BRAITHWAITE, seriam o empoderamento dos envolvidos; limites no estabelecimento dos “acordos” restaurativos, que não podem ser mais graves que penas em tese previstas para situação similar; a escuta respeitosa; a igual atenção a todos os envolvidos; o respeito pelos direitos humanos fundamentais. Princípios apenas “recomendáveis”, cuja ausência seria sentida mas não descaracterizaria a prática como restaurativa, seriam a restauração da dignidade humana, da propriedade, da saúde e da segurança, das relações interpessoais, das comunidades, do meio-ambiente, emocional, da liberdade, da compaixão, da paz, da cidadania, e assim por diante. Haveriam, por fim, princípios “emergentes”, jamais ocupando o lugar da “meta”, mas que seriam sinais indicativos de uma restauração bem-sucedida, através de atitudes como o pedido de desculpas e o perdão.

O reconhecimento da “ofensa” como fratura, ou seja, como lesão que atinge relações humanas e sociais na medida em que viola obrigações de reciprocidade, pode ser interpretado como postulado similar ao horizonte da justificação retributiva da pena. Há, porém, distinções fundamentais para com a perspectiva restaurativa.

A primeira põe em dúvida o pressuposto da necessidade de retorsão do “mal da pena” para se “fazer justiça”. A questão trazida à baila é exatamente se à imputação de responsabilidade deva seguir *necessariamente* a retorsão do mal⁴⁸⁷: em outras palavras, por que é preciso fazer sofrer? Em segundo lugar, problematiza-se os efeitos diretos e indiretos de exclusão dos envolvidos, apostando-se claramente na capacidade da sociedade em expressar democraticamente novas formas de convivência⁴⁸⁸. Não se trata de substituir o Estado, mas de rearticular o papel do direito quanto à resolução dos conflitos.

⁴⁸⁶ BRAITHWAITE, John. “Setting Standards for Restorative Justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 565-566. Ainda BRAITHWAITE menciona que, em algumas raras ocasiões, na Austrália, as conferências foram “dominadas” por facções ou gangues em conflito, neutralizando a capacidade de produzir censura pela vergonha das práticas de mediação. Ele enfatiza, porém, que isso ocorreu em baixa proporção, cf. BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 87.

⁴⁸⁷ EUSEBI, Luciano. “Dibattiti sulle teorie della pena e ‘mediazione’”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 816.

⁴⁸⁸ VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*, p. 73.

Por fim, enquanto a noção de “gravidade do fato” para o direito penal obedece a critérios pré-estabelecidos, como a própria pena em abstrato, na complexa dinâmica da mediação a gravidade atribuída ao “dano” pode variar conforme as percepções dos envolvidos, sem limites claramente pré-definidos⁴⁸⁹, o que invoca, como se verá, a necessidade de se atentar ao resguardo de parâmetros mínimos de proporcionalidade. Dentre as críticas às práticas restaurativas, algumas das mais frequentes são aquelas que as “acusam” de violar ou reduzir direitos do acusado. Vale observar, sobre o tema, que há diversas experiências de mediação ou círculos restaurativos que contam com a figura do advogado, nunca como protagonista, porém podendo acompanhar as reuniões, ou ser consultado antes e durante as propostas de reparação⁴⁹⁰.

Debruçando-se sobre o potencial transformador de todas essas propostas, a análise de alguns autores sobre experiências concretas os levou, de fato, a uma atitude de certo ceticismo, na medida em que a introdução de mecanismos e programas de mediação penal não teria produzido, em nenhum deles, sequer a problematização do modelo tradicional de sistema penal, raramente evitando-se o processo criminal. Haveria, nesse sentido, uma grande diferença entre teoria e prática⁴⁹¹. De todo modo, mormente considerando a incipiência do tema no Brasil, vale traçar breve síntese de algumas das práticas restaurativas já consolidadas, como, por exemplo, a dos *círculos restaurativos*, conceito amplo que abarca a experiência das *Family Group Conferences* (FGC) na Austrália e Nova Zelândia e dos *sentencing circles* na América do Norte.

Adota-se a didática distinção de McCOLD em três práticas restaurativas fundamentais, a (a) *mediação*, as (b) *conferências familiares* e os (c) *círculos restaurativos*⁴⁹², que se aproximam em seus princípios comuns, mas se diferenciam na maneira de organização, nas formas de participação dos envolvidos e no papel do facilitador, podendo este último tender tanto à profissionalização como a uma postura de menor intervenção.

⁴⁸⁹ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 13.

⁴⁹⁰ MORRIS, Alisson. “Critizando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*, p. 445.

⁴⁹¹ DALY, Kathleen. “Restorative justice: the real story”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 363-381, e também VIANELLO, Francesca. “Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 133-136; e GALAIN PALERMO, Pablo. “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. 171.

⁴⁹² Para excelente síntese, v. McCOLD, Paul. “Primary Restorative Justice Practices”. MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle (ed.). *Restorative Justice for Juveniles*, p. 41-58.

Segundo o autor, em primeiro lugar, pode-se compreender a (a) *mediação*, em sentido estrito, como caracterizada pela presença de um “terceiro” que media o diálogo entre a vítima e o ofensor, com ou sem seus familiares e pessoas mais próximas. Fortemente presente na América do Norte, abarca principalmente a “mediação comunitária”, em programas que geralmente contam com a participação de núcleos organizados e da polícia, e os programas conhecidos como VORP’s, sigla para *victim-offender reconciliations programs*. Sua origem é vinculada a uma primeira experiência, em 1974, desenvolvida em Elmira, pequena cidade próxima a Kitchener, em Ontário, Canadá, a partir da iniciativa individual de um funcionário ligado ao sistema de *probation* local. A experiência é descrita por Dean PEACHEY⁴⁹³, mostrando como ela foi possibilitada pelo ousado requerimento de um *probation officer*, chamado Mark YANTZI⁴⁹⁴, influenciado pelos menonitas, no sentido de promover encontros diretos entre dois adolescentes acusados de atos de vandalismo e as vítimas, nos quais restituiriam o valor correspondente aos prejuízos. O pedido foi deferido pelo juízo não sem certa resistência, e as visitas ocorreram apenas com a supervisão do funcionário. O alto índice de satisfação das vítimas e os relatos dos próprios adolescentes levaram à adoção de posturas semelhantes por outros magistrados como uma espécie de alternativa penal, especialmente em casos de crimes patrimoniais e, posteriormente, nem sempre com encontros diretos entre acusados e vítimas, também com crimes sexuais e outros envolvendo violência à pessoa⁴⁹⁵.

Assim nasceram, no Canadá, os programas VORP, difundindo-se também nos Estados Unidos a partir de meados da década de 70. A sigla significa e funciona, hoje, através de mais de uma centena de programas, com projetos similares também na Inglaterra, Alemanha, França, Finlândia e Holanda, consistindo, basicamente, na realização de “encontros presenciais entre vítima e ofensor em casos nos quais foi dado início ao processo penal e o ofensor admitiu ser autor do dano”⁴⁹⁶, funcionando, portanto, de forma externa, porém relativamente dependente, do sistema de justiça criminal. O encontro só ocorre se houver a concordância de ambos os envolvidos, sendo obrigatória a realização de encontros prévios preparatórios e a presença de facilitadores externos ou mediadores que incentivam a fala e a narrativa de ambos.

⁴⁹³ PEACHEY, Dean. “The Kitchener experiment”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 178-186.

⁴⁹⁴ O próprio YANTZI narra a experiência em YANTZI, Mark. *Sexual offending and restoration*, p. 52.

⁴⁹⁵ PEACHEY, Dean. “The Kitchener experiment”. *Op.cit.*, p. 182-3.

⁴⁹⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 150-151.

A dependência do sistema formal é nítida quando se constata que a maioria dos casos são encaminhados aos VORP pelo juiz ou pela polícia, sendo raro que sejam os próprios envolvidos a procurar os programas. No início, abarcavam somente crimes patrimoniais, especialmente furto, mas recentemente têm cada vez mais sido utilizados em crimes com violência à pessoa: menciona ZEHR, nesse sentido, programas em Batavia/NY/EUA e Langley/Canadá⁴⁹⁷. Entende-se, com acerto, que em crimes envolvendo violência ou grave ameaça à pessoa há ainda mais potencial em termos de discussão e expressão emocional⁴⁹⁸, não obstante se tenha a necessidade de maiores cuidados e preparação.

Em segundo lugar as (b) FGC, sigla para *family group conferences* (“conferências familiares”), práticas milenares de povos indígenas como os Maori, na Nova Zelândia, e Wagga Wagga, na Austrália, tendo sido “absorvidos” pelo sistema penal desses países em 1989 e 1991, respectivamente. Uma nota distintiva, segundo McCOLD, seria a prescindibilidade da figura de um facilitador “neutro”, embora ele sempre esteja presente nos modelos adaptados mais conhecidos, definindo-se as conferências como processos “nos quais qualquer grupo de pessoas com vínculos entre si e afetadas por algum fato pretérito se reúnem para discutir suas decorrências”⁴⁹⁹. Nas experiências indígenas, constata-se que o facilitador muitas vezes é um líder da comunidade que não pode ser equiparado à noção de mediador.

A maneira pela qual tais práticas foram institucionalizadas abriram a possibilidade de, em casos de adolescentes em conflito com a lei, submeter-se o caso a uma FGC, no início da persecução, durante a instrução ou já na fase de julgamento. Um coordenador – “*care and protection coordinator*” – independente da autoridade judiciária, com formação específica, é indicado como o facilitador da discussão, bem como da fase preparatória que exige encontros em separado com acusado e vítima. Não havendo acordo, o caso pode ser “devolvido” à Polícia ou ao Judiciário.

Por fim, os (c) *círculos restaurativos* ou “*sentencing circles*” são mecanismos de criação de espaços de abertura respeitosa à fala dos envolvidos. Em seu formato “ocidental” como, por exemplo, na Nova Zelândia, reúne-se o jovem, familiares e pessoas próximas, bem como a vítima e seus familiares, além de representantes da

⁴⁹⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 153-154.

⁴⁹⁸ Nesse sentido, v. SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. London: The Smith Institute, 2007.

⁴⁹⁹ McCOLD, Paul. “Primary Restorative Justice Practices”. MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle (ed.). *Restorative Justice for Juveniles*, p. 44.

polícia, por vezes também o próprio magistrado, assistentes sociais e advogados, e o facilitador que coordenará o encontro, tendo por principal objetivo “*elaborar um plano sobre como melhor lidar com o ocorrido*”⁵⁰⁰.

Em regra, todos sentam em círculo, sendo essa a razão da denominação. De acordo com MORRIS e MAXWELL, busca-se deixar os “profissionais” em segundo plano: quando presente um policial, por exemplo, ele apenas descreve sua participação no caso; quando participam advogados, eles intervêm somente se considerarem existir violação de direitos e abusos na condução do encontro. A ordem das falas em regra inicia pela vítima, que narra o ocorrido, os danos sofridos e todos os aspectos relativos à sua experiência, seguido pelo adolescente acusado que, como premissa, já admitiu a autoria. É comum que ocorra um pedido de desculpas, mas ele não é uma exigência imprescindível. Em seguida:

Assim que todos tenham debatido o que o ofensor quis dizer e as opções para reparar o dano, os profissionais e a vítima deixam a família e o jovem se reunir separadamente para discutir quais planos e recomendações eles desejam apresentar para a reparação do dano e prevenção da reiteração do fato. (...). Havendo concordância entre todos os presentes, os detalhes são formalmente registrados e a conferência termina, às vezes, com a partilha de comida.⁵⁰¹

O objetivo do facilitador é fazer com que, exaurida a discussão sobre o fato, os participantes passem a debater o que fazer a partir daquele momento. Há diversas técnicas para condução dos debates⁵⁰², como a utilização de questões abertas (“como foi” e “por que”) e técnicas de sumarização e paráfrases, que buscam reelaborar as falas de uma maneira menos emotiva, buscando identificar critérios e valores em comum (“*reframing*”).

Como se pode notar, círculos restaurativos requerem tempo e paciência⁵⁰³, virtudes bastante distantes do eficientismo que caracteriza os Juizados Especiais

⁵⁰⁰ MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 202.

⁵⁰¹ MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 203: “Once everybody has discussed what the offending has meant and options for making good the damage, the professionals and the victim leave the family and the young person to meet privately to discuss what plans and recommendation they wish to make to repair the damage and to prevent reoffending. (...). Once there is agreement among all present, the details are formally recorded and the conference concludes, sometimes with the sharing of food”.

⁵⁰² Vale v. WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 82-4.

⁵⁰³ Nesse sentido WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 31: “Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com a minha resposta: ‘os afetos nunca podem ser executados’. Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso comum dogmático que organiza a cabeça dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias,

Criminais e projetos como o “Justiça Instantânea”, no Rio Grande do Sul, o qual visa agilizar o atendimento inicial no procedimento previsto para a criança e o adolescente (art. 88, V, ECA), mediante a criação de centros integrados que conjugam a oitiva do adolescente pela Delegacia especializada, com o encaminhamento, no menor prazo possível, à oitiva informal com o Ministério Público. De acordo com MORRIS e MAXWELL, apenas um terço das conferências por eles pesquisadas durou menos que uma hora, e cerca de 10% duraram mais que duas horas⁵⁰⁴.

No Canadá, os círculos restaurativos são utilizados na forma dos *sentencing circles*, também influenciada pela experiência de práticas indígenas locais, mas introduzida na lei canadense apenas na década de 90, fazendo-se referência à necessidade de atentar às especificidade culturais e às alternativas à prisão no caso de condenados aborígenes. O alcance é maior, pois inclui adultos, porém não para todos os crimes; e é prevista a participação não só de familiares, mas também do juiz e do promotor e outros membros da comunidade.

Há, na Europa, experiências diversas relativas à mediação penal mas que não parecem constituir práticas efetivamente restaurativas⁵⁰⁵. O processo penal português⁵⁰⁶, por exemplo, prevê a suspensão provisória do processo fundada em um consenso relativo entre titular da ação penal e acusado, assim como no Brasil, com a diferença da necessidade de aceitação da vítima e a concordância judicial. A possibilidade atinge, porém, somente os crimes que tem cominadas penas privativas de liberdade de até cinco anos ou alguma sanção distinta da prisão.

A experiência catalã, na Espanha, compreendendo as cidades de Barcelona, Girona, Lérida e Tarragona, vem desde a década de 90, especialmente com a Lei 4/92, e tem por foco os adolescentes em conflito com a lei⁵⁰⁷. Sinteticamente, a metodologia consiste em, primeiramente, pré-selecionar os casos aptos à mediação e as situações *a priori* excluídas desta possibilidade; em segundo lugar, há uma equipe responsável por

não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida”.

⁵⁰⁴ MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 203.

⁵⁰⁵ Para análise do caso da Bélgica como uma possibilidade interessante de institucionalização de práticas de mediação, v. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 193 e ss.

⁵⁰⁶ Sobre, v. GALAIN PALERMO, Pablo. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. *Que futuro para o direito penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613-643.

⁵⁰⁷ BATTISTIN, Raffaella. “La mediazione e i suoi attori: l’esperienza della Catalogna”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 27-61.

contatar o adolescente acusado e sua família, sendo realizado um colóquio ou entrevista e se considerada possível a reparação, será feito o contato com a vítima, pessoal ou telefônico, para explicar o procedimento de mediação e saber se há interesse no encontro com o ofensor.

A partir desse ponto, define-se um programa de trabalho que deve ser aprovado pelo juiz e que pode consistir no encontro voluntário entre ambos, na reparação econômica ou na reparação simbólica, tal qual a prestação de serviços à comunidade, também chamada reparação indireta, havendo ainda a possibilidade de uma carta ou um telefonema do ofensor à vítima. Há, em suma, duas possibilidades, ora como alternativa ao processo, ocorrendo a mediação antes da denúncia, ora como modalidade de suspensão da pena, após a sentença. O âmbito de aplicação é maior, se comparado aos demais, porém não alcança atos considerados gravíssimos como aqueles contra a vida e a liberdade sexual.

Já na Itália ⁵⁰⁸, onde é previsto constitucionalmente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a experiência do *Ufficio per la Mediazione di Milano* demonstrou como o caminho para se contornar a aparente incompatibilidade com a lógica processual seria preservar a mediação fora do processo, mas reconhecendo nela possíveis consequências jurídicas. Sua metodologia, assim como na Catalunha, abarcou duas modalidades de mediação penal, ambas voltadas ao adolescente em conflito com a lei: a primeira de natureza extraprocessual, na fase da investigação preliminar; e a segunda na fase de execução, como alternativa à sanção aplicável, constituindo componente do período de prova (art. 28, D.P.R. 448/88).

As etapas são as seguintes: durante a instrução, o juiz questiona ao adolescente e seus pais sobre a adesão ao programa de mediação e também à vítima; havendo interesse, informa ao *Ufficio per la Mediazione*, o qual contatará primeiramente a vítima e depois o acusado, fazendo nova verificação sobre a viabilidade da mediação, através de entrevista individual informal; há encontros preliminares individuais com cada qual e seus familiares. Não havendo disposição ao encontro direto, pode ocorrer a “mediação indireta”, com o envio de uma carta. Já se houver a possibilidade do encontro, designa-se a data e o “resultado” é comunicado ao juiz de forma sintética, não sendo sequer juntado aos autos.

⁵⁰⁸ BRUNELLI, Federica. “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 71-73.

Dentre tantos exemplos e experiências que se aproximam ou se distanciam do que significaria efetivamente uma mudança em relação às práticas punitivas, não pode faltar uma posição sobre as experiências brasileiras as quais, desde logo, devem ser compreendidas em seu contexto e relativa confusão conceitual em relação aos Juizados Especiais Criminais.

A questão central, porém, não é tanto jurídica, mas sim sobre o sentido da construção de práticas mediatórias de censura que explicitarão desigualdades e relações de injusta distribuição de recursos e exercício dos direitos fundamentais. WARAT nunca foi um pessimista em relação ao tema: após investigar projetos como o “Balcões de Direito”, no Rio de Janeiro, em 2001, afirmou que a “mediação do excluído” seria mais complexa, diferente da norte-americana, porque “é a confiança para um pacto de cultura e não para negociar um acordo”⁵⁰⁹ e que deve conquistar a confiança tanto das instituições como da comunidade. O autor define “Mediação do Oprimido” como

as formas de diálogo que tentam resolver, no Brasil, os conflitos comunitários e individuais nos espaços urbanos e rurais de exclusão social. (...). É preciso que as comunidades dialoguem em situações limite, à beira do caos e da desintegração do humano. É grave, mas a única saída de um modelo de exclusão global do humano é o diálogo; não existe outro caminho a percorrer. Os problemas de uma comunidade não se resolvem com balas, resolvem-se mediando⁵¹⁰.

Apenas à guisa de exemplificação, pois as experiências brasileiras estão em momento de franca expansão e criatividade, pode-se mencionar projetos em alguns dos Estados da Federação, com o apoio da pesquisa de PALLAMOLLA⁵¹¹ e uma bibliografia que cresce rapidamente⁵¹².

No Rio Grande do Sul, a primeira iniciativa data de 2002 e o “Projeto Justiça 21” de 2005⁵¹³, tendo sido criada, em 2010, a “Central de Práticas Restaurativas” no

⁵⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 201.

⁵¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*, p. 203.

⁵¹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*, p. 120-130.

⁵¹² Entre outros, v. PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça restaurativa: marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos*. Maringá: Bookess, 2013; a coletânea SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005; ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte, 2013, p. 305-324; RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. “A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre”. *Revista Ultima Ratio*, n. 1, 2007; BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (org.). *Justiça para o Século 21: Semeando justiça e pacificando violências. Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha*. Porto Alegre, Nova Prova, 2008;

⁵¹³ Justiça 21, sítio virtual: <http://www.justica21.org.br>. Cf. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*, p. 124-125, v. pesquisa do Núcleo de Pesquisa em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUCRS, com dados e percentuais sobre a origem dos encaminhamentos à Central de Práticas Restaurativas entre 2005 e 2007, totalizando 380 casos

Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, com prioridade à utilização do círculo restaurativo como prática. Segundo um de seus fundadores e coordenador, práticas assim oferecem “oportunidades de direcionar o alarma social e catalisar a mobilização comunitária que cercam a ocorrência de um crime, possibilitando construir uma ponte entre Estado e comunidade”⁵¹⁴. Em face da “resistência dos operadores jurídicos atuantes no processo de apuração do ato infracional”⁵¹⁵, porém, constata-se que na maioria das ocasiões o círculo restaurativo é realizado após o trâmite do processo de conhecimento, ou seja, já na fase de execução da medida socioeducativa, adquirindo assim caráter meramente complementar.

Em São Paulo, foi realizado em 2005 o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, tendo sido elaborada a “Carta de Araçatuba”, ratificada meses depois pela Carta de Brasília na conferência “Acesso à Justiça por meios alternativos de resolução de conflitos”⁵¹⁶. Em São Caetano do Sul, há um projeto filiado à Vara da Infância e da Juventude, no qual o Ministério Público “seleciona” alguns casos para o envio a um círculo restaurativo, sendo fiscalizados os termos de acordo, que podem abranger inclusive o cumprimento de medida socioeducativa de forma cumulada.

Em Brasília, funciona projeto-piloto nos Juizados Especiais do “Núcleo Bandeirante”, restrito, portanto, às infrações de menor potencial ofensivo, utilizando a forma da mediação direta entre acusado e vítima, excluindo-se os casos de violência doméstica. Em São José do Ribamar, região metropolitana de São Luís, Maranhão, há práticas restaurativas abrangendo tanto atos infracionais como problemas de relacionamento em escolas. Porém, é o Ministério Público que “decide” se encaminha, em conjunto com outras possíveis medidas protetivas ou socioeducativas, para o círculo restaurativo, o que é permitido também em casos com violência à pessoa⁵¹⁷.

Segundo o relatório do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/BRASIL) sobre as

encaminhados em três anos, sendo que 73 fizeram o procedimento completo (pré-círculo, círculo e pós-círculo), abarcando atos infracionais variados, inclusive roubo e homicídio.

⁵¹⁴ BRANCHER, Leoberto. “Justiça restaurativa, democracia e comunidade”. In: *Justiça juvenil restaurativa em comunidade: uma experiência possível*, p. 50.

⁵¹⁵ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 221-222.

⁵¹⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte, 2013, p. 309.

⁵¹⁷ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte, 2013, p. 318.

experiências de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, foi observado que todos obedecem a um modelo de complementaridade em relação ao sistema penal⁵¹⁸, mas significam um “primeiro passo” significativo. De todo modo, não havendo aberturas legislativas mais claras, a resistência ideológica e institucional tem impedido que os anseios se reflitam nas experiências. Essa é uma das razões pelas quais o tom das práticas restaurativas em curso no Brasil, sem descuidar de sua imensa heterogeneidade e dos méritos em diversos sentidos, quase sempre oscila entre o eficientismo do esvaziamento de prateleiras e justificações ideológicas como a busca de “ordem” em comunidades socialmente construídas – e por vezes institucionalmente definidas – como “degradadas” ou “incivilizadas”. Para não ser assim, é necessária uma perspectiva consciente e crítica em relação ao sistema penal e à incapacidade do direito regular a complexidade dos conflitos humanos, na direção da ampliação da abrangência desses programas e, principalmente, da compreensão de sua importância como ferramenta de transformação social.

⁵¹⁸ ILANUD/BRASIL. *Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa: relatório final*, p. 12-13.

CAPÍTULO 4

BRASIL, O PAPEL DO ESTADO E OS DESAFIOS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO

4.1. Controle social e violência no Brasil e na modernidade periférica

A contextualização da realidade brasileira e latino-americana em suas diversas dimensões – históricas, sociais, políticas, econômicas, jurídicas – é necessária para que se possa “aterrisar” o debate e discutir proposições concretas de abertura do arcabouço penal e processual penal a práticas de censura que, embora não prescindam do Estado, sejam fundadas em pressupostos diversos dos atuais.

Seria viável a construção de práticas de censura e resolução dos conflitos fundadas mais na interação e no diálogo que na força e na autoridade, “em um país como o Brasil”? A premissa é que não há uma resposta pronta possível, seja afirmativa ou negativa. Obstáculos são, desde logo, facilmente identificáveis. O incremento de relações interpessoais de violência nas últimas décadas, mas especialmente o aumento da violência institucional e estrutural⁵¹⁹ parecem não recomendarem atribuição de qualquer função ao Estado que não a de mera garantia e contenção do arbítrio – embora não esteja claro, repita-se, por que tal opção não deva ser considerada como politicamente ingênua, já que se trata, em boa medida, de conter “a si mesmo”. Por outro lado, há vários exemplos de outros países que também contam com relativa instabilidade política, longo histórico de dominação e abusos de poder e desrespeito a direitos, mas apresentam experiências importantes nesse sentido⁵²⁰.

Sobretudo, compreendidas as práticas punitivas tupiniquins como, desde sempre, expressões brutais de conservação de relações de poder e dominação, à margem

⁵¹⁹ Violência estrutural como “repressão das necessidades reais dos indivíduos”, dentro da qual se coloca ainda a violência institucional como aquela exercida diretamente pelo Estado; cf. BARATTA, Alessandro. “Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal”. *Fascículos de Ciências Penais*, p. 47; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime*, p. 96-98.

⁵²⁰ Sobre as experiências de Argentina, Chile, Costa Rica e México, além do próprio Brasil; v. PARKER, Lynette. “The use of restorative practices in Latin America”. *Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices*. Paper online. Minneapolis, 2002. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/parker-lynette.-the-use-of-restorative-practices-in-latin-america>. Acessado em 04/08/2013. Sobre a Irlanda do Norte, v. BRAITHWAITE, John. “Setting Standards for Restorative Justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 563. Mesmo Andrew ASHWORTH, que é um crítico das práticas restaurativas, concorda que em países com déficits de legitimidade democrática há um “solo fértil” para iniciativas nesse sentido, incrementando a participação da comunidade; cf. ASHWORTH, Andrew. “Responsibilities, rights and restorative justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 580.

da legalidade, constituindo-se em excepcional exemplo para o Mundo da função de produção e reprodução da desigualdade e diferenciação social exercida pelos sistemas penais, como é que afinal práticas de censura se “libertariam” deste ranço para se fundar na alteridade e no diálogo?

Como ponto de partida, há que se registrar, com Jessé SOUZA, a inadequação das teorias da modernização que “explicam” os problemas das “sociedades periféricas” como pré-modernos. Em seu lugar, a proposta é de compreendê-los como expressão de uma *modernidade periférica*:

Gostaria de tentar demonstrar como a naturalização da desigualdade social de países periféricos de modernização recente como o Brasil pode ser mais adequadamente percebida como consequência, não a partir de uma suposta herança pré-moderna e personalista, mas precisamente do fato contrário, ou seja, como resultante de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que toma o país paulatinamente a partir de inícios do século XIX. Nesse sentido, meu argumento implica que nossa desigualdade e sua naturalização na vida cotidiana é moderna, posto que vinculada a eficácia de valores e instituições modernas com base em sua bem-sucedida importação ‘de fora para dentro’. Assim, ao contrário de ser personalista, ela retira sua eficácia da ‘impessoalidade’ típica dos valores e instituições modernas⁵²¹.

Stanley COHEN se refere a esse modelo de interpretação como sendo aquele da “transferência benigna”, enquanto o do “colonialismo maligno” deslocaria a análise à crítica das políticas institucionais e da realidade material⁵²². O primeiro é o mais difundido e corresponde às teorias da “modernização”, segundo as quais a história humana é um contínuo progresso e as sociedades subdesenvolvidas se encontram, simplesmente, em um ponto menos avançado deste processo linear de evolução. A criminalidade hodierna, nos países em desenvolvimento, seria assim explicada como similar àquela das sociedades européias do início do século XX, ligada, portanto, à industrialização: dentro de tal abordagem, acaba por se aderir, em regra, a modelos explicativos fundados na categoria da anomia.

Entretanto, as sociedades latino-americanas sofreram desde o início a sujeição a forças externas – da colonização à “incorporação subordinada” na economia capitalista mundial – a tal ponto que tais forças determinaram, por sua vez, diferenças profundas na relação estabelecida entre Estado e sociedade civil⁵²³: nesse sentido, a palavra-chave é dependência e não subdesenvolvimento.

⁵²¹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 17. Similar, v. HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 36.

⁵²² Sobre, v. COHEN, Stanley. “Western Crime Control Models in the Third World: Benign or Malignant?” *Research in Law, Deviance and Social Control*, 4. New York: Jai Press, 1982, p. 90-108.

⁵²³ GARCIA MENDEZ, Emilio. “Criminologia critica e controllo sociale in America”. *Dei delitti e delle pene*, n. 3. Bari: De Donato, 1983, p. 473.

Jessé SOUZA rejeita ainda as explicações que supõem a inevitabilidade do personalismo e patrimonialismo nas relações pessoais e políticas na sociedade brasileira, como se fosse uma “continuação de Portugal”, o que ele chama “atavismo personalista e familista” que “supõe a continuidade eterna de relações pessoais e familísticas mesmo em sociedades periféricas complexas e dinâmicas como a brasileira”⁵²⁴. Relendo Gilberto Freyre, o autor destaca, acerca do “patriarcalismo brasileiro”, que Portugal delegou todo poder aos particulares no Brasil como forma de colonizar terras tão extensas, tendo o patriarcalismo diretamente a ver com a inexistência de “limites à autoridade pessoal do senhor de terras e escravos”, sem quaisquer instâncias superiores de poder⁵²⁵. Fala-se nesse sentido em um controle penal doméstico predominante do século XV até meados do século XIX, ou seja, até o fim da escravidão, no qual o exercício do poder de punir se dava diretamente e imediatamente na unidade territorial do proprietário de escravos. Decorreria, desta peculiar relação inclusive com o liberalismo político de início do século XIX, uma espécie de “originária” estraneidade do sistema jurídico formal em relação às relações sociais existentes no Brasil.

Outra chave de leitura possível, no mesmo sentido, é a reflexão de HOLSTON sobre a categoria por ele denominada “cidadania diferenciada” no Brasil, definindo-a como “medida de diferença e uma forma de distanciar as pessoas uma das outras”. Segundo o autor, sempre houve no Brasil uma distância muito grande entre a vinculação formal à comunidade política e a distribuição material de direitos, o que repercute no próprio sentido (negativo) conferido ao lugar da norma, da lei: “o que esses outros merecem é a lei – não no sentido da lei como direitos, mas da lei como desvantagem e humilhação”⁵²⁶; já que “ter que cumprir a lei” seria um sinal de *status* de inferioridade na escala social. Seu papel, nesse contexto, acaba sendo, simultaneamente, de “mediação do conflito social e agente essencial do Estado (...) cenário dinâmico,

⁵²⁴ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 97-98.

⁵²⁵ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 117, e prossegue o autor: “Não existe justiça superior a ele, como em Portugal era o caso da justiça da Igreja que decidia em última instância querelas seculares, não existia também poder policial independente que lhe pudesse exigir cumprimentos de contrato, como no caso das dívidas impagáveis mencionadas por Freyre, não existia ainda, *last but not least*, poder moral independente posto que a capela era uma mera extensão da casa-grande. (...) Houve domínio e subordinação sistemática, melhor, ou pior no caso, houve perversão do domínio no conceito limite do sadismo”.

⁵²⁶ HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 23.

maleável e conflitivo, no qual forças em disputa – o Estado, as elites, grupos de interesse, grupos subalternos – lutam por suas próprias agendas”⁵²⁷.

A leitura de Roberto KANT DE LIMA, nesse cenário, não deixa espaço a muitas alternativas. Sua distinção entre “modelos” ideais de sociedade utiliza duas metáforas⁵²⁸: primeiramente, aquela do *paralelepípedo*, para se referir às sociedades em que a base é igual ao topo, caracterizando-se pelo individualismo e maior igualdade de oportunidades, e nas quais os conflitos seriam previsíveis e considerados importantes para a construção da ordem social. Em segundo lugar, aquela da *pirâmide*, referindo-se a sociedades desiguais e constituídas por grupos diversos, sendo o espaço público regido pela lógica da autoridade e os conflitos representados como ameaça a ser reprimida imediatamente. Segundo KANT DE LIMA, o Brasil seria uma pirâmide dentro de um paralelepípedo de linhas cheias, ou seja, “explicitamente igualitário, mas implicitamente hierárquico”⁵²⁹, prevalecendo, portanto, uma concepção repressiva de controle social. Evidentemente, uma prática fundada no diálogo como aquelas restaurativas se adequaria, a princípio, somente às características descritas na metáfora do paralelepípedo⁵³⁰.

Para HOLSTON, no entanto, há outros fatores a serem levados em conta. A composição das periferias urbanas a partir da década de 70, concentrando grandes massas de trabalhadores em torno às grandes cidades, deu origem a um fenômeno novo, por ele denominado “cidadania insurgente”⁵³¹: trata-se da luta da população por moradia, por saneamento básico, pelos mais básicos serviços públicos, a qual teria criado um sentido diferenciado de pertencimento à cidade, fazendo com que essas pessoas passassem a exigir, dos poderes públicos, condições para o exercício de seus direitos fundamentais.

⁵²⁷ AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo. “Writing the history of law, crime and punishment in Latin America”. AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo; JOSEPH, Gilbert (ed.). *Crime and Punishment in Latin America*, p. 18: “law as both a mediator of social conflict and an essential agent of state building (...) the legal system appears here as a dynamic, malleable and conflictive scenario, in which competing forces – the state, elites, interest groups, subalterns – strive to advance their own agendas”.

⁵²⁸ KANT DE LIMA, Roberto. “A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição”. VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (org.). *Cidadania e Violência*. Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, 1996, p. 165-177.

⁵²⁹ DORNELLES DE SOUZA, Guilherme Augusto. “Será que acaba em samba? Reflexões sobre possíveis implicações da cultura jurídica brasileira para a implementação da justiça restaurativa no Brasil”. *Dilemas*, p. 476.

⁵³⁰ DORNELLES DE SOUZA, Guilherme Augusto. “Será que acaba em samba? Reflexões sobre possíveis implicações da cultura jurídica brasileira para a implementação da justiça restaurativa no Brasil”. *Dilemas*, p. 485.

⁵³¹ HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 265 e ss.

O exercício de tal “cidadania insurgente” leva à criação de novos tipos de instabilidade e, como reação, à imposição de novas modalidades de segregação social e espacial. A consolidação do processo de redemocratização negociado e consumado na década de 80 enfrenta exatamente, como principal desafio, a ressignificação da noção de “direitos”, tradicionalmente definidos no Brasil como sinônimo de “privilégios”, e sua concretização material, sob pena de restar sendo uma democracia “disjuntiva”⁵³², ou seja, meramente formal. A criação de uma atmosfera de “pânico social”, com efeito, fortalece condições como a rejeição popular à ideia de “direitos humanos”, “produzem o abandono do espaço público, a fortificação das residências, a criminalização dos pobres e o apoio à violência policial. Essas condições debilitam a democracia”⁵³³.

Nesse cenário, não há como se propor modelos alternativos de censura sem que a base teórica esteja marcada pela consciência crítica quanto aos discursos criminológicos tradicionais de explicação do desvio e do crime. De um lado, as práticas restaurativas não podem ceder à concepção que individualiza a violência e os conflitos, e se situar “fora” do contexto socioeconômico no qual vive o sistema punitivo local. De outro, a própria criminologia crítica tem a possibilidade de ir à práxis com respostas consistentes às demandas funcionais por “algo” que venha a se colocar simbolicamente no lugar da pena.

A criminologia latino-americana nunca teve a densidade sociológica alcançada nos Estados Unidos da América⁵³⁴, sendo tradicionalmente de tipo clínico, com ênfase em referenciais evolucionistas, quando não explicitamente racistas, vindo a ocupar assim papel subordinado ao sistema penal e suporte das práticas carcerárias de tipo tratamental. No Brasil, o papel dos primeiros criminólogos sob a influência da Escola Positiva italiana foi aquele da construção “científica” da inferioridade biológica do tipo africano ou *mulato* em relação à superioridade biológica dos imigrantes europeus, aos quais o próprio governo previa medidas de incentivo com o escopo declarado de “embranquecer a população”, exatamente no período de início da urbanização e inserção do país no capitalismo industrial.

Não à toa, é nesse período decisivo que Jessé SOUZA busca a origem do conceito de “ralé estrutural”, a partir da noção de *habitus*, que em BOURDIEU, significa

⁵³² CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. “Democracy and Violence in Brazil”. *Comparative studies in society and history*, 41, 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 715 e ss.

⁵³³ HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 349.

⁵³⁴ GARCIA MENDEZ, Emilio. “Criminologia critica e controllo sociale in America”. *Dei delitti e delle pene*, n. 3. Bari: De Donato, 1983, p. 476. Sobre, v. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.

um poder gerador, ligado a um agente em ação, “conhecimento adquirido e também um *haver*”⁵³⁵ e para SOUZA pode ser definido como “sistema de estruturas cognitivas e motivadoras, ou seja, um sistema de disposições duráveis inculcadas desde a mais tenra infância que pré-molda possibilidades e impossibilidades, oportunidades e proibições, oportunidades e limites de acordo com as condições objetivas”⁵³⁶.

Logo, o *habitus* conduz à formação de um “senso comum” e ao estabelecimento de um conjunto de práticas cotidianas que tem objetividade, não se confundindo com a mera “internalização de valores”.

A construção de um padrão periférico de cidadania e subcidadania diz respeito, portanto, à formação de um *habitus* específico, o “*habitus* precário”, composto por precondições sociais que condicionariam a marginalização desse grande extrato da população, acompanhadas da “redefinição ‘moderna’ do negro (e do dependente ou agregado brasileiro rural e urbano de qualquer cor) como ‘imprestável’ para exercer qualquer atividade relevante e produtiva no novo contexto”⁵³⁷. Trata-se, exatamente, da inserção de um “tipo de personalidade e de disposições de comportamento que não atendem às demandas objetivas para que, seja um indivíduo, seja um grupo social, possa ser considerado produtivo e útil em uma sociedade de tipo moderno e competitivo”⁵³⁸. A grande peculiaridade de sociedades periféricas como o Brasil residiria na transmutação do *habitus* precário em fenômeno de massa, e não individual, bem como na sua “naturalização” por meio da desqualificação ideológica da “ralé” em um contexto de meritocracia.

A seletividade inerente aos processos de criminalização secundária estaria vinculada, também, ao *habitus* precário de que trata SOUZA:

Se um brasileiro de classe média atropela um brasileiro pobre da ‘ralé’, por sua vez, as chances de que a lei seja efetivamente aplicada neste caso é, ao contrário, baixíssima. (...). É que, na dimensão infra e ultrajurídica do respeito social objetivo compartilhado socialmente, o valor do brasileiro pobre *não-europeizado* (...) é comparável a que se confere a um animal doméstico, o que caracteriza objetivamente seu status sub-humano.⁵³⁹

A naturalização da desigualdade social, com a constituição da “ralé brasileira”, remetem à forma pela qual foi constituído, de forma velada, o poder pessoal entre os

⁵³⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 60-64.

⁵³⁶ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 44.

⁵³⁷ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 161.

⁵³⁸ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 167.

⁵³⁹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 174.

proprietários de terras e o “dependente formalmente livre”, que ficava “entre” aquele primeiro e o escravo:

Isso o obrigava a uma dependência objetiva em relação ao senhor de terras, apesar da ilusão subjetiva de liberdade ser um componente constitutivo dessa forma peculiar de dominação pessoal. (...). Nas suas formas fenomênicas, o agregado poderia assumir a forma do tropeiro, do vendeiro, do sitiante ou, ainda simplesmente, o ‘cabra’ de confiança, o braço armado e camarada de confiança do patrão. O que une todas essas formas concretas é a existência de uma relação pessoal de dependência objetiva que ‘aparece’, para ambos os lados, como se fosse o resultado de um acordo voluntário⁵⁴⁰.

A “ralé” viria a ser formada por tais dependentes livres bem como pelos recém-libertos da escravidão, abandonados à própria sorte, no final do século XIX, justamente o período de instalação de um novo “sistema impessoal” no Brasil, com grandes mudanças políticas, sociais, econômicas. Não é satisfatória nessa ótica, como visto, a “explicação fácil” segundo a qual todos os problemas e mazelas seriam explicados pela manutenção do personalismo e do poder pessoal – ou seja, traços pré-modernos – nesse contexto de transformação socioeconômica. Houve sim, segundo SOUZA, mesmo com a conhecida alternância de oligarquias políticas no poder, a entrada “do elemento burguês democratizante por excelência: *o conhecimento e, com ele, a valorização do talento individual*”⁵⁴¹, vindo a se compor, paulatinamente, uma nova hierarquia social, junto a um “Estado autoritário modernizante”. No mesmo sentido a leitura de HUGGINS sobre a passagem “da escravidão à vagabundagem” como alvo das práticas de controle social formal entre final do século XIX e início do século XX: a autora, tomando por base o caso do Estado de Pernambuco, identifica uma “passagem moral” com a mutação da representação social sobre a “população livre” ociosa que, com a queda da escravidão, passa a ser vista como problema nacional e ocupar as fileiras do recém-fundado sistema penitenciário pátrio⁵⁴².

A hipótese de uma eventual correlação direta entre pobreza e criminalidade já se revelou cientificamente infundada e socialmente discriminatória⁵⁴³. O que se tem como dado empiricamente verificável é a seletividade dos processos de criminalização incidente por sobre a parcela mais pobre da população.

A forma pela qual MACHADO DA SILVA analisa o “crime comum urbano” não reproduz a busca de causas individuais para o aumento da violência, e tampouco

⁵⁴⁰ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 124-125.

⁵⁴¹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*, p. 130 e 141.

⁵⁴² HUGGINS, Martha. *From slavery to vagrancy: crime and social control in the third world*, p. 55 e ss.

⁵⁴³ Por todos, v. COELHO, Edmundo Campos. “A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade”. *Revista de Administração Pública*, vol. 12, n. 2, 1978, p. 139-161.

responsabiliza, de modo simplista, a “ineficiência do Estado”. O autor utiliza a categoria da “sociabilidade violenta”, construída a partir das representações que conjugam a produção simbólica de sentido e as diversas práticas sociais concretas que existem em torno à ameaça da integridade física e do patrimônio⁵⁴⁴. O ponto central, porém, é que a representação simbólica que vem a ser denominada “violência urbana”⁵⁴⁵ constitui antes de descrever, referindo-se a um modelo de organização da ordem social e não apenas à valoração de comportamentos individuais, tratando, enfim, de “uma forma de vida constituída pelo uso da força como princípio organizador das relações sociais o qual suspende, sem cancelá-la integralmente, “a tendência à monopolização da violência pelo Estado”⁵⁴⁶, em prol de uma ordem social organizada pela força como recurso.

Ao definir “sociabilidade violenta”, em suma, o que interessa é sua autonomia em relação à ordem estatal, com “a transformação do uso da força, de meio eventual de obtenção de interesses, em princípio de regulação das relações sociais”, em “uma espécie de caso limite do desenvolvimento do individualismo”⁵⁴⁷, também descrito como “recurso universal à violência, não referida ao Estado mas ao gozo individual mais estrito e ‘egoísta’”⁵⁴⁸.

Ora, se é o que está a ocorrer, trata-se de hipótese sociológica e, portanto, explicativa, fundamental como chave de leitura e para percepção dos riscos, problemas, premissas sobre as quais refletir, e não qualquer espécie de *normatização*, bloqueio, veto, impedimento definitivo. A própria conclusão de MACHADO DA SILVA aponta os equívocos de se pensar que rearranjos e reformas na dimensão da ordem estatal repercutirão sobre aquela da “sociabilidade violenta”, e vai em sentido favorável ao que, neste trabalho, entende-se como a construção de práticas de censura ancoradas no resgate da alteridade:

⁵⁴⁴ SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 54 e ss.

⁵⁴⁵ Ressalvando se tratar, o objeto “violência urbana”, não um conceito, mas representação coletiva, “categoria de senso comum constitutiva de uma ‘forma de vida’. Neste sentido, ela não pode ser corrigida nem falsificada – mas pode ser objeto de crítica racional”; cf. SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 57.

⁵⁴⁶ SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 58-9.

⁵⁴⁷ SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 74.

⁵⁴⁸ MISSE, Michel. “Sobre uma sociabilidade violenta”. In: *Crime e violência no Brasil contemporâneo*, p. 266; no texto, o autor questiona tanto se haveria efetivamente uma “nova” forma de sociabilidade como se ela poderia ser definida pela “criminalidade urbana”.

talvez seja possível começar pela idéia de que, qualquer que venha a ser o caminho, ele terá que se orientar para medidas capilares, no plano das práticas cotidianas, que estimulem o reconhecimento mútuo, de modo a reconstituir a alteridade cancelada pela forma de vida representada pela violência urbana⁵⁴⁹.

Seria leviano, portanto, afirmar a impossibilidade *a priori* de práticas de censura como aquelas ditas restaurativas, contando com a participação dos envolvidos, no Brasil e na América Latina. Isso porque a visualização de um alto grau de violência a regular as relações sociais pode ser visto não apenas como obstáculo, mas especialmente como motivo para a luta social e política nesse sentido. A própria ausência do Estado em sua dimensão assistencial proporcionou, em determinados locais e períodos, a articulação de redes comunitárias de resolução de conflitos como aquela, por exemplo, analisada na tese doutoral de Boaventura de SOUSA SANTOS apresentada à Universidade de Yale após pesquisa, na década de 70, em uma favela carioca por ele denominada “Pasárgada”⁵⁵⁰. Sua investigação identificou uma espécie de direito “paralelo” e não-oficial⁵⁵¹, chamado pelos próprios habitantes de “direito do asfalto”, capaz de solucionar conflitos relativos tanto aos problemas com títulos de propriedade e direito à moradia como em relação a outros conflitos entre vizinhos, através de práticas organizadas pelas respectivas associações de moradores. De acordo com o autor, as soluções aos conflitos, em Pasárgada, tendiam a assumir justamente a forma da mediação⁵⁵², sendo os mecanismos de coerção constituídos por modalidades de pressão mais ou menos difusas que perpassavam as relações sociais. Por um lado, a fragilidade da coerção constrange os habitantes à cooperação, e por outro, exalta as diferenças deste sistema em relação à produção jurídica estatal, sempre dotada de um grande e complexo aparato de monopolização da violência legítima⁵⁵³.

O registro de esferas de juridicidade não-estatal, nesses termos, não visa sugerir a possibilidade de se pensar em práticas de censura sem o Estado – não é o que se propõe – mas aponta, isso sim, para a *viabilidade* da abertura ao diálogo como procedimento. Todavia, há que se considerar os riscos, muito grandes, da cooptação do

⁵⁴⁹ SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 79.

⁵⁵⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder*, p. 9

⁵⁵¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder*, p. 14

⁵⁵² SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder*, p. 21: “Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido) (...) A estrutura de mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco”.

⁵⁵³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder*, p. 54-5. A ausência da polícia é também um ponto importante, no sentido de que recorrer às forças policiais significaria a perda de legitimidade da própria associação; cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder*, p. 56.

discurso por parâmetros ligados ao pensamento economicista regido pelo princípio da eficiência e que se distanciariam dos escopos fundamentais. Nesse contexto, mais do que nunca, é fundamental situar o Estado como “instância de garantia”.

A chave parece estar mesmo na dicotomia entre distanciamento e aproximação, permanentemente em disputa. Se seguem sendo criadas e impostas “novas formas de segregação que eliminam espaços públicos nos quais as diferenças devem ser negociadas”⁵⁵⁴ como forma de reação à “cidadania insurgente” e às exigências irrefreáveis de igualdade material, o que aqui se trata é, ao contrário, de criar um espaço público de explicitação e negociação de diferenças a partir do ponto dramático representado pela ocorrência de uma ofensa, uma violência, um dano ao outro.

Tudo isso implica a questão do lugar ocupado pela ideia de comunidade no imaginário e no cotidiano da população brasileira, mormente com a dilaceração dos laços sociais estimulada pelos mecanismos históricos e presentes de diferenciação e segregação. Na literatura estrangeira sobre as práticas restaurativas por vezes se exalta a noção de “comunidade de suporte”, fazendo-se referência àquelas pessoas mais próximas do envolvido, seja na condição de sujeito criminalizado ou vitimizado. No limite, o escopo idealizado é que as práticas restaurativas também são capazes de devolver ao coletivo a confiança no quadro normativo, produzindo, funcionalmente, coesão.

No entanto, maiores são as críticas e cautelas tomadas em relação ao conceito de “comunidade”, o qual tende a fortalecer o individualismo e a atomização, estimulando a percepção do próximo como um estranho e, assim, potencial ameaça⁵⁵⁵, exatamente o oposto do que se pretenderia. O obstáculo para o diálogo é imenso, nesse sentido, em casos de violência urbana em que vítima e autor vivem muitos quilômetros de distância entre si e pertencem a redes sociais totalmente diferentes⁵⁵⁶, quando boa parte da

⁵⁵⁴ HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*, p. 41-42, mencionando, como exemplo, a recente atribuição pelos grandes bancos de ‘marcas de distinção’, como Itaú Personnalité, Bradesco Prime, Santander Van Gogh, etc: “Nesses espaços fortificados e interiorizados, os ricos já nem encontram mais os pobres no que poderia ser chamado de espaço público contestado”. Sobre as dinâmicas de auto-segregação das elites e a privatização da segurança, imprescindível v. CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed.Usp, 2000.

⁵⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, p. 130. V. também: WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 105 e ss. O autor conclui que não há saída senão se operar com um conceito de comunidade que seja aberto, múltiplo e flexível, cf. *Op.cit.*, p. 109; similar, sobre a inadequação de um conceito de comunidade “abstrato e impessoal”, v. MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 64.

⁵⁵⁶ Não só no Brasil, como se pode notar da crítica de WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS,

população apoia a violência policial fora da legalidade ou se o que se tem, na organização da cidade, são cada vez mais “guetos”, no sentido de WACQUANT⁵⁵⁷, combinando-se “confinamento espacial e fechamento social”, guetos voluntários das elites e guetos reais impostos aos pobres “transformados em lixo, pois consumidores incapazes”:

A guetificação é paralela e complementar à criminalização da pobreza; há uma troca constante de população entre os guetos e as penitenciárias, um servindo como grande e crescente fonte para a outra. Guetos e prisões são dois tipos de estratégia de ‘prender os indesejáveis ao chão’, de confinamento e imobilização.⁵⁵⁸

Sem qualquer dúvida, dada a seletividade inerente ao exercício das funções próprias do sistema penal, manter-se-iam determinados mecanismos de discriminação e seletividade na hipótese de adoção de práticas restaurativas de censura no Brasil. Não se trata, porém, de um obstáculo de implementação, e sim uma condição fundamental a ser levada em conta e enfrentada nesse processo. Se gueto significa exatamente a impossibilidade da comunidade⁵⁵⁹, pois não há sequer coesão interna ou respeito mútuo entre seus moradores, mas somente o anseio em se diferenciar, a criação de espaços comuns de diálogo e mediação não deixa de ser uma forma de lutar pela sua desconstrução.

Sentar-se-iam frente à frente muitas vezes, para mediação, para um círculo restaurativo, um acusado socialmente vulnerável e uma vítima muito mais poderosa em termos de “capital simbólico”. De um lado, o viciado em *crack* que cometeu um assalto, sem ninguém para lhe acompanhar como “comunidade de suporte”. De outro, a vítima do possível roubo. O encontro traz riscos vários, como a produção de discursos moralistas, o reforço dos estereótipos, a imposição de falsos acordos. Mas traz também potencialidades. E o que dizer da manutenção institucional da “distância” com a perseguição penal, a vedação do encontro, a privação da liberdade, a reprodução da violência? Não se trataria, a própria criação da situação de interação, de uma maneira de reverter mecanismos de segregação que, como visto, hoje se constroem pela invisibilização do outro? E se quiçá o momento da prática restaurativa propiciar a

Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 68.

⁵⁵⁷ WACQUANT, Loïc. *Urban outcasts*, p. 1: “um termo especial para designar as comunidades estigmatizadas situadas na extremidade inferior da hierarquia dos lugares que compõem as metrópoles”. No original: “a special term for designating those stigmatized neighbourhoods situated at the very bottom of the hierarchical system of places that compose the metropolis”.

⁵⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, p. 109; antes, p. 106-107.

⁵⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, p. 111.

criação de laços sociais? Ter-se-ia, enfim, nesse caso, o que já vem sendo denominado “justiça transformativa”, que concretiza a conversão do conflito em oportunidade “para a construção do diálogo e a busca de soluções, em um processo que cria conhecimento mútuo e laços sociais mais amplos e sólidos”⁵⁶⁰. Desse modo, enfim, “redes sociais existentes devem ser mobilizadas, opções criativas para dar conta do comportamento desviante devem ser estimuladas. Uma inclusão ativa da comunidade local poderia encorajar a descriminalização”⁵⁶¹. Em suma:

A justiça restaurativa oferece o potencial para a discussão coletiva dos problemas em nossa sociedade, e através dessa discussão, poderemos aprender sobre nós mesmos e concentrar nossos esforços na nossa própria transformação, assim como também obter uma compreensão mais profunda como sociedade e o que é preciso mudar para emergir um mundo melhor. Nesse sentido, o potencial transformador da justiça restaurativa reside em seu processo, que permite às pessoas refletir profundamente sobre as muitas causas de injustiça⁵⁶².

Não há neutralidade política possível, portanto, quando se fala em censura e punição. A mera abertura à participação ativa dos envolvidos no conflito poderá, por certo, ganhar feições diversas conforme a postura que se tenha diante da opressão, da desigualdade social e das condições materiais existentes para a violência individual, institucional e estrutural. Uma justiça “transformativa”, erguida pedra sobre pedra e passo a passo nesse sentido, só poderá ser construída se tomados em conta as características e as peculiaridades de cada contexto, não havendo princípios universais.

4.2. Economia e pena: pontos de distinção entre um modelo restaurativo de censura e os discursos do neoconservadorismo e do neoliberalismo

A crise do “Estado soberano” no que tange à descrença em sua capacidade de fornecer segurança e bem-estar, sob um olhar europeu ou norte-americano, levou ao que GARLAND denominou “criminologias do cotidiano” (*of everyday life*), as quais

⁵⁶⁰ RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*, p. 228: “opportunità per la costruzione del dialogo e la ricerca di soluzioni, in un processo che crea mutua conoscenza e legami sociali più ampi e solidi”.

⁵⁶¹ MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe. “Restorative Justice: steps on the way toward a good idea”. MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial*, p. 3: “existing social networks should be mobilized, and creative options for dealing with deviant behavior should be stimulated. An active inclusion of the local community could encourage decriminalization”.

⁵⁶² WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*, p. 150: “Restorative justice offers the potential for collective discussion of problems in our society, and through this discussion, we can learn about ourselves, and concentrate our efforts on changing ourselves, but also obtain a deeper understanding of our societies and what might require changing therein for a better world to arise. In this sense, the transformative potential of restorative justice rests within its process, which allows people to reflect deeply upon the many causes of injustice”.

consideram o “crime” não como problema moral a ser explicado, mas simplesmente como risco a ser calculado e previsto⁵⁶³. Não à toa, é sob esse prisma que emergem as teorias prevencionistas fundadas em estratégias de responsabilização dos indivíduos (em especial as vítimas reais e em potencial), da comunidade e dos entes privados. A segurança se torna *commodity*, bem de consumo, e portanto desigualmente distribuído entre os que podem pagar por ela.

A recepção desse tipo de teoria no continente latino-americano, e no Brasil, é apenas parcial e se afigura especialmente perversa justamente porque a noção de risco não substitui a percepção seletiva de “degradação moral” que legitima a construção social de “sub-cidadãos” e a violência do Estado.

A partir da década de Setenta, do século XX, ganharam forças movimentos denominados como *neoconservadores*, de um lado, e *neoliberais*, de outro. Distintos em alguns pontos e similares em outros, a conjugação de ambas perspectivas caracterizou os governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos (1981-1989), e Margaret Thatcher, na Inglaterra (1979-1990). Sob o espectro *neoconservador*, a crítica se pautava na retomada de valores morais em detrimento de uma “cultura permissiva” e do “encorajamento do comportamento anti-social”⁵⁶⁴. Já no âmbito da política econômica, prevalecendo a perspectiva *neoliberal*, a intervenção do Estado foi identificada como causa principal da crise, incongruente à necessidade de se liberar a capacidade criativa da “espontaneidade” do livre mercado.

Com Friedrich HAYEK⁵⁶⁵, o Mercado é assumido como referência e a ação eficiente como parâmetro epistemológico, buscando o equilíbrio entre dois conceitos-limite, não empíricos, mas a limitar a realidade empírica do mercado: um conceito negativo (caos), e outro positivo (concorrência perfeita), equilíbrio a partir do qual se tornaria possível seu bom funcionamento. A transposição do elemento da espontaneidade à seara da política econômica, em contraposição à sua disposição intencional, explica a rejeição das políticas intervencionistas do Estado na economia e, logicamente, no âmbito da assistência social. Para HAYEK, a “ideia de que o governo

⁵⁶³ Sobre, v. GARLAND, David. “The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society”. *British Journal of Criminology*, vol. 26, n. 4, 1996, p. 450-451.

⁵⁶⁴ GARLAND, David. *The Culture of Control*, p. 97: “(...) and blamed the liberal elites for licensing a permissive culture and the anti-social behaviour it encouraged”.

⁵⁶⁵ Sobre seu pensamento, v. em especial: HAYEK, Friedrich August Von. *O Caminho da Servidão*. 5.ed. Trad. Donald Stewart Jr. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990 e: HAYEK, Friedrich A. Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Maria Luísa Borges. 3 v. São Paulo: Visão, 1985.

pode determinar as oportunidades para todos e, especialmente, a de que pode garantir que sejam as mesmas para todos, conflita, portanto, com todo o fundamento lógico de uma sociedade livre”⁵⁶⁶. Afinal, se a premissa é, por um lado, a da imprevisibilidade da ordem⁵⁶⁷ de organização dos indivíduos e da sociedade, e por outro, da autosuficiência do mercado em termos de eficiência e competitividade, qualquer intervenção estatal seria inadequada. Nada muito diferente do liberalismo econômico oitocentista, salvo o significativo câmbio epistemológico que expandiu a episteme mercadológica para muito além da política econômica, atingindo dimensões por excelência organizadas segundo outra racionalidade que não estritamente aquela relativa ao princípio da eficiência.

Apenas a garantia dos meios, ou seja, da liberdade de contrato e da propriedade privada, é que seriam coerentes para com a meta do equilíbrio ideal. Ocorre que a afirmação de ambos como únicas condições válidas para tanto não passa de uma afirmação dogmática⁵⁶⁸. Há, como aponta HINKELAMMERT, uma incompatibilidade entre a noção de concorrência perfeita e aquela de equilíbrio, tanto porque o “processo social da concorrência mercantil pressupõe que a concorrência não seja perfeita” como porque competição é desequilíbrio e, portanto, “o contrário da concorrência”.⁵⁶⁹

No Brasil, o câmbio epistemológico levado a cabo pela elevação da eficiência a princípio constitucional⁵⁷⁰ traz, entre outras, uma profunda consequência de ordem ética: esvazia-se qualquer discussão sobre a natureza justa/injusta de instituições políticas (como a pena!), restringindo este tipo de valoração à conduta de cada indivíduo. Não há que se falar em “justiça social” se a sociedade livre é regida pela “ordem espontânea” do mercado. A teoria se revela perversa na medida em que sugere operar com indicadores unicamente mercantis e deixar de lado qualquer preocupação com necessidades concretas do homem. Argumenta-se que pretender, o Estado, atender

⁵⁶⁶ HAYEK, Friederich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*, v. II, p. 10.

⁵⁶⁷ HAYEK, Friederich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*, v. I, p. 36: “Por ‘ordem’ designaremos sempre uma condição em que múltiplos elementos de vários tipos se encontram de tal maneira relacionados entre si que, a partir de nosso contato com uma parte especial ou temporal do todo, podemos aprender a formar expectativas corretas com relação ao restante ou, pelo menos, expectativas que tenham probabilidade de se revelar corretas”.

⁵⁶⁸ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*, p. 52.

⁵⁶⁹ HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*, p. 54-55.

⁵⁷⁰ Sobre o tema, v. MARCELLINO Jr., Julio. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009; especialmente sobre como ele se inseriu no art. 37 da Constituição brasileira, com a Emenda Constitucional nº. 19/98, de 4 de junho de 1998. Com a mudança constitucional, segundo MARCELLINO, o “Estado brasileiro passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio, de sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente (...)”, cf. *Ibidem*, p. 140.

às necessidades das pessoas se vincularia a uma “falta de humildade”⁵⁷¹ e a um anseio de planejamento total, os quais fatalmente levariam à perda de liberdade. Ao mesmo tempo, crê-se que o mercado naturalmente tenderá ao equilíbrio e que isso significará a melhor utilização possível dos recursos disponíveis, algo jamais alcançável pelo planejamento humano, atribuindo ao mercado uma verdadeira “razão” toda própria:

O mercado funciona na medida em que está em equilíbrio. Assim, a preocupação política deve ser a de fazer com que ele esteja efetivamente em equilíbrio. Como Hayek restringe a realidade empírica ao aspecto institucional, seus critérios de equilíbrio do mercado têm que ser somente critérios mercantis. Para ele, a satisfação das necessidades não é critério de equilíbrio, pois não se trata de elemento relevante da realidade. Seu critério de equilíbrio só pode ser tomado do próprio mercado, sendo, nesse sentido, mercantil.⁵⁷²

São notórias as trágicas consequências sociais desse tipo de teoria – mesmo sendo discutível quão efetiva foi a sua implementação nos últimos vinte anos – em países “modernamente periféricos” como o Brasil. No que concerne ao sistema penal, o discurso neoliberal investe fortemente contra a instância jurídica como “instância de garantia”⁵⁷³, o que repercute diretamente no recrudescimento das políticas criminais neoconservadoras e neoliberais em forte ascensão desde a década de Oitenta.

O neoconservadorismo penal se caracteriza pela ênfase no “restabelecimento da ordem” através da afirmação de “virtudes neoconservadoras próprias de um tipo de darwinismo social”⁵⁷⁴. Mesmo com uma diversa acepção de “liberdade” em relação ao neoliberalismo, reconhecendo O’MALLEY um modelo verdadeiramente bipolar quanto à política penal⁵⁷⁵, ambos se unem na crítica às políticas de bem-estar e na retomada do recurso ao encarceramento em massa como política de Estado, não obstante com sentidos diversos: a afirmação de valores e a retomada de um “neoretribucionismo de direita”, para os neoconservadores, ou o mero descarte do inútil excedente humano dispensável diante da ordem do mercado, com a conseguinte elaboração de uma

⁵⁷¹ Sobre, v. crítica de COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, p. 48: “O reconhecimento da incapacidade humana feito por Hayek só parece ser um ato de humildade na aparência. Há no seu subterrâneo, uma outra realidade, a qual merece um mínimo de reflexão. Ora, quer dizer que *somos incapazes de ter o domínio cognoscente dos resultados de todas as ações* e, portanto, que não poderíamos prevêê-las – assim como a ciência –, razão por que haveríamos de ter um *racionalismo de caráter eficiente* em seu sentido puramente empírico, é ignorar a humildade com a qual nos apresentamos diante do desconhecido. De fato, ao revés de ser um ato de grandeza (sei que não sei tudo!), é simplesmente um ato de *aparente esperteza* mas, no fundo, ao que parece, *psicótico porque paranóico*, desde que o *naturalismo do mercado* é tomado, ainda que imprevisível, como *real possível* e decisivo para apontar qual *ordem natural espontânea* deveria reger a sociedade porque *mais eficiente*”.

⁵⁷² HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*, p. 49.

⁵⁷³ MARCELLINO JR., Julio. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 138.

⁵⁷⁴ O’MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, p. 157.

⁵⁷⁵ O’MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, p. 161.

sofisticada racionalidade de “gestão do risco” e incapacitação de determinados grupos considerados perigosos, para os neoliberais⁵⁷⁶.

Trata-se de uma via de mão dupla seguindo na mesma direção, seja para castigar ou incapacitar seletivamente, mas certamente não mais para disciplinar ou corrigir. Da hostilidade ao *Welfare State* e uma política econômica de intervenção só poderia decorrer a rejeição de qualquer ideal inclusivo de pena, que sustentou todo o aparato correcionalista nos países do hemisfério norte. No Sul, paradoxalmente, ainda se mantém o “discurso oficial” da ressocialização, até certo ponto, porém não há quem não saiba que jamais houveram políticas concretas nessa direção.

Nesse sentido vai a hipótese defendida por Alessandro DI GIORGI, visualizando uma mudança no discurso punitivo, “da *disciplina da carência* ao *controle do excesso*”⁵⁷⁷: trata-se de uma tentativa de atualização em relação à economia política da pena construída a partir do marco revisionista das obras de RUSCHE/KIRCHHEIMER, FOUCAULT e MELOSSI/PAVARINI⁵⁷⁸. A tese é que a relação entre punição e estrutura social teria já se transformado com a emergência do capitalismo financeiro, ou pós-fordismo, pelo autor definido pelo aspecto quantitativo da “progressiva redução do nível de ‘emprego’ da força de trabalho e, conseqüentemente, a drástica redução da demanda de trabalho vivo”; bem como pelo aspecto qualitativo concernente às “mudanças ocorridas nas formas de produção, na composição da força de trabalho, nos processos de composição das subjetividades produtivas e nas dinâmicas de valorização capitalista em que elas estão imersas”⁵⁷⁹.

O trabalho desmaterializa-se, torna-se flexível e dinâmico, restando obsoleta, segundo DE GIORGI, a compreensão do cárcere como aparato disciplinar. O discurso punitivo se recompõe assim em dois sentidos: no neoconservador, por meio do aumento da severidade e da intolerância perante o desvio⁵⁸⁰; no neoliberal, pela trilha da

⁵⁷⁶ Sobre a política criminal atuarial, que reconhece a impossibilidade de justificação da pena como instituição política, porém parte para a gestão seletiva do *risco* de forma absolutamente descolada de qualquer parâmetro ético, v. DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

⁵⁷⁷ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, p. 83 e ss. Sobre o tema, v. BRANDARIZ GARCIA, Jose Angel. *La política criminal de la exclusion*. Granada: Comares, 2007.

⁵⁷⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999 [1939]; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002 [1975]; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006 [1977].

⁵⁷⁹ DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*, p. 65-66.

⁵⁸⁰ O “clima social” propício ao incremento da severidade é também um elemento a ser levado em conta na mediação entre economia e as práticas de controle, consoante leituras contemporâneas de MELOSSI,

eficiência como parâmetro epistemológico, o que significa, em suma, redução de custos com elevação da segurança. Tal redução de custos, todavia, não significa de modo algum o “enfraquecimento” da dimensão penal do Estado “minimizado”⁵⁸¹ pois, onde a “ordem do Mercado” é ameaçada, a intervenção é considerada legítima e necessária⁵⁸². *Nos fatos*, trata-se sim do desmantelamento do aparato correcional, nos locais em que ele se concretizou, admitindo-se que a prisão é um mero “depósito de gente” (é *apenologia tecnocrática*, segundo PAVARINI, na qual o sistema penal já não tem “necessidade de mentir” quanto à meta de ressocialização dos apenados⁵⁸³), e da gradual transferência de responsabilidade aos “cidadãos” e às “comunidades” no que tange à prevenção e garantia da própria segurança. Vai nesse sentido também o discurso crítico da vitimologia:

há uma certa simetria entre a ‘vitimologia convencional’ e o encorajamento político da ‘cidadania ativa’ e da ‘responsabilidade social’. (...). Esta visão conservadora da cidadania tem se preocupado em enfatizar as *obrigações* dos cidadãos em detrimento de seus *direitos*, e em especial uma concepção ‘privatizada’ de tais obrigações.⁵⁸⁴

De acordo com PITCH, é preciso diferenciar individualização e privatização⁵⁸⁵, ambos fenômenos relacionados e vinculados à crise do Estado de Bem-Estar: a *individualização* seria a transferência ao particular da responsabilidade sobre a prevenção da criminalidade, e a *privatização* os processos através dos quais o que era encargo de instituições públicas passa ao âmbito da responsabilidade individual, do mercado ou de ações voluntárias. Com a segurança convertida em mercadoria, ao invés de direito de todos, tem-se a base para o já referido isolamento urbano das elites, de um lado, e o recrudescimento e militarização da segurança pública, de outro. Nas palavras de BAUMAN, “dada a intensidade do medo, se não existissem estranhos eles teriam

Dario. *Controlling crime, controlling society*, p. 249; e GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*, p. 10-22.

⁵⁸¹ Sobre a passagem “do Estado Social ao Estado Penal”, v. entre outros BOURDIEU, Pierre (org.). *Actes de la recherche en sciences sociales: de l'État Social à l'État Pénal*, n. 124, 1998, Paris: SEUIL; BRANDARIZ GARCIA, Jose Angel. *La politica criminal de la exclusion*. Granada: Comares, 2007; WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; e ARGÜELLO, Katie. “Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem”. In: BITTAR, Walter (org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-144.

⁵⁸² HARCOURT, Bernard. *The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order*, p. 38.

⁵⁸³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, p. 47 e ss.

⁵⁸⁴ MAYBY, Rob; WALKLATE, Sandra. *Critical Victimology*, p. 181: “there is a certain symmetry between ‘conventional victimology’ and the political encouragement given to the ‘active citizenship’ and ‘social responsibility’”. (...). This conservative view of citizenship has been concerned to develop an emphasis on the *obligations* of citizens rather than their *rights*, and in particular a ‘privatized’ view of those obligations”.

⁵⁸⁵ PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*, p. 56.

que ser inventados. E eles são inventados, ou construídos, diariamente: pela vigilância do bairro, pela tevê de circuito fechado, guardas armados até os dentes”⁵⁸⁶.

A concepção de segurança assim construída, portanto, é possível somente “apesar” dos outros, não “com eles”, levando conseqüentemente à redução de direitos de parcela significativa da população. A própria centralidade conferida à vítima, no discurso neoliberal da prevenção, desde a teoria “da oportunidade” ou da “escolha racional”, tende a concentrar a atenção na micro-criminalidade⁵⁸⁷ e contribui para a concepção da segurança como questão privada. Nesse sentido, o “pedinte do sinal” e o “drogado”, ou a “prostituta” e o “mendigo” são socialmente definidos como culpados pela “minha” insegurança⁵⁸⁸.

É justamente a responsabilização dos indivíduos e “da sociedade” quanto à produção de censura, retirando o Estado de cena, o possível ponto de contato entre o discurso do neoliberalismo e a justiça restaurativa. Todavia, parece evidente a necessidade de se analisar mais a fundo o que efetivamente caracteriza, epistemicamente, a “pena neoliberal”. Suas outras características⁵⁸⁹ certamente não propiciam qualquer aproximação para com as práticas restaurativas: o ataque às políticas públicas de bem-estar, a defesa do “Mercado” e a sua espontaneidade como modelo para a ordem social, a ênfase na eficiência e obtenção de resultados e a radicalização do individualismo e da liberdade de escolha. São elementos que, se presentes no discurso justificador de qualquer prática supostamente restaurativa, esta não o será efetivamente. O próprio O’MALLEY admite que a justiça restaurativa não trabalha com a noção de “risco”, mas com aquela de “incerteza”, o que a situa junto a princípios “diametralmente opostos” da política criminal atuarial⁵⁹⁰.

De todo modo, não se pode deixar de notar que a justiça restaurativa tem atraído a simpatia de grupos políticos situados em lados opostos, o que exige atenção e cautela. O risco de cooptação é efetivamente presente e se coloca, com grande potencial, na perigosa ideia de “comunidade” que pode fazer com que a justiça restaurativa seja a faceta includente, para os já incluídos, de uma mesma política penal que teria na

⁵⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*, p. 105.

⁵⁸⁷ PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*, p. 139.

⁵⁸⁸ PAVARINI, Massimo. “Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano”. *Cassazione penale*, p. 815.

⁵⁸⁹ Cf. sugeridas por O’MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, p. 152-153.

⁵⁹⁰ O’MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, p. 256.

penologia atuarial (ou na massificação do encarceramento) sua face abertamente excludente dos “grupos de alto risco”⁵⁹¹.

Vale apontar, em síntese, as diferenças fundamentais entre o que comporia um modelo restaurativo de censura e a episteme neoliberal:

(a) Não obstante haja, de fato, quem defenda a adoção de práticas restaurativas justamente sob a lógica do incremento da eficiência e da relação custo-benefício⁵⁹², havendo inclusive programas que exaltam a “resolução” de casos em “poucas horas” e sem a necessidade de defesa técnica, estes não podem ser parâmetros aceitáveis. A priorização da celeridade e da redução de custos não se coaduna com um modelo que, em suas principais formas, exige tempo e paciência, adotando como forma de avaliação de suas práticas critérios muito mais ligados à experiência pessoal dos participantes que a uma relação custo e benefício.

(b) A crítica do Estado nunca foi e não é exclusiva ou necessariamente referenciada ao discurso neoliberal, remetendo, no caso da justiça restaurativa, não à eficiência como parâmetro normativo, mas sim à ativação e fortalecimento dos vínculos sociais e comunitários daqueles mais próximos aos envolvidos como matriz capaz de estimular a busca por opções criativas de restauração. Tal aposta pode ter sustentação teórica não na exaltação do individualismo, mas sim no interacionismo que tanto influenciou a sociologia norte-americana e posteriormente esteve na base da teoria do etiquetamento e da crítica em criminologia, fundados na possibilidade de uma concepção mais democrática de controle social.

(c) Similarmente, sobre a intensificação do individualismo, TamarPITCH acerta quando enfatiza que “o domínio da ideologia neoliberal insiste nas virtudes cívicas do faça você mesmo, somado ao primado do indivíduo sobre qualquer forma de agregação social”⁵⁹³. Ocorre que as práticas restaurativas, em sentido oposto, têm por escopo explícito a desconstrução das percepções subjetivas de insegurança através do fortalecimento dos vínculos sociais. O deslocamento do Estado em prol da participação ativa dos envolvidos na elaboração ou resolução do conflito não guarda aqui o sentido individualista, atomizante e desagregador que caracteriza o discurso neoliberal e que

⁵⁹¹ O'MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, p. 261.

⁵⁹² Por exemplo, v. GABBAY, Zvi D. “Justifying Restorative Justice: a theoretical justification for the use of restorative justice practices”. *Journal of Dispute Resolution*, p. 368-371. O próprio autor admite, entretanto, que diversas outras práticas, como os círculos restaurativos, não poderiam ser definidas como “menos custosas” que o sistema tradicional.

⁵⁹³ PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*, p. 46: “il dominio dell’ideologia neoliberalista insiste sulle virtù civiche del far da sé, nonché sul primato dell’individuo su qualsiasi forma di aggregazione sociale”.

fortalece a mercantilização e a privatização da segurança. Bem ao contrário, na justiça restaurativa o Estado deverá manter seu lugar simbolicamente fundamental, porém como facilitador da elaboração ou resolução de conflito, quiçá pela via de uma redefinição do conceito de jurisdição⁵⁹⁴ que abarque a mediação.

(d) A perspectiva de HAYEK trabalha com um modelo de *homo* racional e que age, assim como no utilitarismo penal oitocentista, por meio de uma escolha feita diante das vantagens e desvantagens da ação. Diferentemente, o modelo restaurativo ora defendido tem por premissa o respeito ao indivíduo como “agente moral”, kantianamente compreendido como alguém capaz de opinar entre o “certo” e o “errado” e que deve ter, por princípio e incondicionalmente, respeitada sua dignidade.

(e) Na via do discurso psicanalítico, o neoliberalismo fragiliza o Estado em sua “função paterna” e “libera” os sujeitos porque o referencial do Mercado estimula o gozo sem limite. A justiça restaurativa se sustenta na ideia, oposta, de constituição do limite pela alteridade e assim resgatar a responsabilidade pelo dano causado, o que implica exatamente a reinserção da função de castração nas práticas de censura.

(f) Por fim, a explicitação normativa da exclusão do excesso como inerente à pena, no discurso neoliberal, é absolutamente incompatível com o ideal de inclusão, embora sem qualquer pretensão de reforma do indivíduo, que caracteriza, também em uma dimensão normativa, as práticas restaurativas.

Indubitavelmente, em suma, é essencial atentar aos “ataques” à própria concepção de jurisdição promovidos sob argumentos economicistas⁵⁹⁵. Mas o desmonte do Estado e outros movimentos de informalização da justiça não necessariamente se aproximam àqueles da justiça restaurativa.

Fica evidente, nesse sentido, a distinção para com os princípios que orientam os Juizados Especiais Criminais. Sua criação se deu no âmbito estadual com a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e federal com a Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, atendendo a mandamento constitucional (art. 98, I, CR) e definindo o conceito legal de *infração de menor potencial ofensivo* – hoje, tipos penais com pena máxima cominada não superior a dois anos bem como as contravenções penais – com a criação de espaços

⁵⁹⁴ BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição penal e normalização*, p. 189: como um poder no âmbito do Estado, mas distante da noção de soberania, “na medida em que suas práticas não se materializam apenas como expressão de um poder central limitado pelo edifício jurídico construído para legitimá-lo”, recomendando-se, nesse sentido, uma “atitude crítica em relação às práticas que buscam submeter e assujeitar a todos” (*Ibidem*, p. 184).

⁵⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*, p. 74.

supostamente abertos ao consenso e voltados à evitação do processo e da pena, especificamente a possibilidade de composição dos danos civis em audiência de conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo, além da exigência de representação da vítima na lesão corporal de natureza leve ou culposa.

Ocorre que o âmbito restritíssimo de incidência, por um lado, e o anseio por celeridade, por outro, minaram qualquer possibilidade de se buscar efetivamente resgatar o papel da vítima e construir “acordos” em substituição ao processo tradicional⁵⁹⁶. Não há informalização, como propagado, mas a expansão do controle penal para novas dimensões das relações sociais que deveriam, na verdade, dar lugar a uma discussão séria sobre descriminalização das condutas a elas referidas, já que muitas delas, antes da lei, sequer eram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Não obstante denominada justiça penal “consensual”, não se trata de um marco de ruptura para com o sistema tradicional e tampouco de um exemplo de prática restaurativa⁵⁹⁷. Sob a retórica da “negociação” e do “consenso”, pois em todos os “acordos” é necessária a aceitação pelo suposto autor do fato, fica evidente que o que se tem é somente uma mitigação ou flexibilização do princípio da obrigatoriedade para o Ministério Público, e não a valorização da vítima e do ofensor como protagonistas da resolução do conflito. Basta notar que, não ocorrendo acordo na audiência de composição dos danos civis, de incidência muito restrita, o mesmo acordo pode ser realizado pelo Ministério Público em seguida, por meio da transação penal⁵⁹⁸.

Em pesquisa realizada entre maio de 2009 e março de 2010 sobre as percepções dos envolvidos leigos ou profissionais nos Juizados Especiais Criminais, constatou-se que a vítima continua tendo como tolhida sua possibilidade de participação, especialmente por conta da preocupação com a celeridade, notando-se que “metade das

⁵⁹⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. *Que futuro para o direito penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613-643. Similar, v. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Conciliar ou punir? Dilemas do controle social na época contemporânea”. CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*, p. 62.

⁵⁹⁷ Diversas vezes, no Brasil, refere-se aos Juizados Especiais como exemplos ou espaços de abertura para práticas restaurativas (v. JESUS, Damasio de. “Justiça Restaurativa no Brasil”. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 21, Brasília: Ministério da Justiça, 2008; e ALVAREZ, Marcos César *et al.* “A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 254). Embora haja pontos comuns de contraposição ao sistema tradicional, é preciso rejeitar qualquer equiparação ou aproximação nesse sentido porque falta o caractere fundamental do empoderamento dos sujeitos envolvidos.

⁵⁹⁸ Nesse sentido a crítica cf. SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 428.

vítimas entrevistadas relatou insatisfação em relação ao tempo e ao espaço concedidos para sua fala”⁵⁹⁹.

Não à toa, o impacto da criação dos Juizados Especiais foi nulo em relação à quantidade de pena infligida, sendo a década de 90 um dos períodos de maior crescimento da população carcerária brasileira⁶⁰⁰. Embora se possa reconhecer a redução da discricionariedade da autoridade policial como um ponto positivo, constatou-se que a instituição dos Juizados sequer foi capaz de reduzir o número de processos nas varas criminais comuns⁶⁰¹.

Do ponto de vista do direito ao contraditório e à ampla defesa, por sua vez, as consequências são desastrosas: a crítica aponta⁶⁰², em uníssono, a violação da garantia de inderrogabilidade do juízo, na busca da “máxima eficiência antigarantista”⁶⁰³, bem como a erosão das garantias processuais presente na “confissão implícita” na aceitação de obrigações equivalentes às penas restritivas de direito ou multa sem o devido processo legal, em regra por conta do temor da “ameaça” do processo. O que emerge, da comparação entre os Juizados Especiais Criminais e as práticas da justiça restaurativa, é o risco considerável de cooptação pela racionalidade construída em torno à eficiência como parâmetro.

É preciso cautela, todavia, ao se demarcar a crítica à “lógica negocial” que, de acordo com LOPES JR., “transforma o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” e contribui para a banalização da pena⁶⁰⁴. De fato, a observação é precisa ao se referir aos Juizados Especiais Criminais, mas não necessariamente deve ser estendida a toda e qualquer forma de abertura de espaços ao

⁵⁹⁹ ALVAREZ, Marcos César *et al.* “A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, p. 262, 264. No mesmo sentido, v. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 150.

⁶⁰⁰ Em 1992, 114.377 presos (78 por 100 mil habitantes), e em 2000, 232.755 presos (137 por 100 mil habitantes); cf. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, p. 74-75.

⁶⁰¹ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 152.

⁶⁰² Entre outros, v. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. “Manifesto contra os juizados especiais criminais”. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*; PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; e as coletâneas WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; dos mesmos autores, *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁶⁰³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, p. 994-5.

⁶⁰⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, p. 995.

ofendido dentro do procedimento; em especial porque são possíveis aberturas não pautadas pela celeridade e eficiência, não exclusivamente voltadas à reparação pecuniária e muito menos à afirmação de impulsos de vingança. Talvez MAIER estivesse trilhando por uma perspectiva semelhante ao afirmar que “quicá a solução ao problema penal atual não esteja, em certa medida, no regresso pronunciado à privatização do conflito penal”⁶⁰⁵, desde que compreendida tal “privatização” não como a mercantilização ou pecuniarização dele, e sim como sua reumanização mediante a flexibilização da rígida estrutura “sem vítima” originária.

Qualquer mudança nesse sentido não pode, evidentemente, descuidar da proteção aos direitos do acusado, mas passa inevitavelmente pelo levar em conta da crise de legitimidade que atinge o Poder Judiciário. A necessidade de se buscar “formas alternativas de resolução de conflitos” não é novidade em outras dimensões do ordenamento jurídico, reconhecendo-se o esgotamento da concepção tradicional de jurisdição no que tange à sua aptidão em atender às expectativas da população e ao crescimento da demanda.

Poder-se-ia discorrer, segundo MOSCONI, sobre ao menos três grandes crises: crise da modernidade, crise de soberania com a pluralização de fontes de produção normativa e crise do *Welfare State*, abrindo caminho a uma reorganização das relações sociais e dos instrumentos de controle⁶⁰⁶. Por um lado, como já referido, há uma tendência à desregulamentação do Estado e à transnacionalização da produção normativa, especialmente na dimensão privada⁶⁰⁷, emergindo sujeitos econômicos transnacionais que tomam em suas mãos também a matéria normativa. Por outro, há formas peculiares de “pluralismo jurídico” de natureza popular⁶⁰⁸ e uma crise na administração da Justiça a partir da década de Sessenta que se relaciona ao crescimento da demanda pela afirmação de direitos sociais, no âmbito do Estado de Bem Estar, e a incapacidade de atendê-la⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino (DPPa)*, p. 534: “quizás la solución al problema penal actual consista, en alguna medida, en un regreso pronunciado a la privatización del conflicto penal”.

⁶⁰⁶ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 3-4.

⁶⁰⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*, p. 61-62.

⁶⁰⁸ Sobre o tema, v. a experiência de Pasárgada em SOUSA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

⁶⁰⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 21, p. 16-17.

É o movimento pelas práticas restaurativas, porém, que mais parece se adequar à política judiciária defendida por SOUSA SANTOS quando, em posição distante do discurso neoliberal, adotou como fundamento a necessidade de democratização da administração da justiça:

A primeira [vertente] diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos actos processuais e o incentivo à conciliação das partes, o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir.⁶¹⁰

Sua preocupação com a democratização do próprio processo não se harmoniza com as problemáticas opções consubstanciadas na expansão do controle penal por meio dos Juizados Especiais Criminais. Para que seja possível cogitar do tema em matéria penal, porém, é necessário considerar que a identificação da “crise da jurisdição”⁶¹¹ não é a mesma quando se fala em sistema penal. Não espanta que a intensa discussão sobre novas formas de resolução de conflitos pouco tenha tocado na dimensão penal, já que o conceito de jurisdição, nesse ponto, não esteve nunca efetivamente associado à “resolução” de conflitos, mas à manutenção da ordem e à pacificação social, sempre em face da ofensa ao *Princeps*.

Recorrer ao direito como instrumento de resolução e racionalização dos problemas e conflitos sociais é uma característica moderna⁶¹² e, mesmo com a perda de legitimação da instância judiciária identificada pela sociologia do direito, é neste que as respostas continuam sendo buscadas. Isso vale para a “crise do direito penal”, que seria definível, no máximo, como a crise da crença na utilidade da pena privativa de liberdade ou da própria finalidade de prevenção especial positiva.

A distinção fundamental, portanto, é que a crise em âmbito penal não passa pela questão da eficiência no atendimento a determinadas expectativas, mas sim pela relação entre o direito e a complexidade social que ele visa regular e reduzir, reconhecendo-se as limitações da redução do conflito ao tipo ou ao caso penal. A nova premissa, mais uma vez, é de que a complexidade *não pode ser gerida ou reduzida pelo instrumento*

⁶¹⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 21, p. 28.

⁶¹¹ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*, p. 103: “... se deve discutir a tão aclamada crise da jurisdição a partir da crise do Estado, observando sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, de tomar as rédeas de seu destino, sua fragilidade nas esferas legislativa, executiva e judiciária, enfim, sua quase total perda na exclusividade de dizer e aplicar o Direito”.

⁶¹² VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*, p. 23.

*jurídico*⁶¹³, o qual deve ser flexível para que possa se adaptar à primeira, e não o contrário. A crítica do funcionalismo jurídico-penal, especialmente no que tange ao conceito de “controle social” (Cap. 3), vai no sentido de indicar a impossibilidade de uniformização e redução da complexidade social pelo direito, o qual necessita, enfim, abrir-se cognitivamente aos conflitos expostos em uma democracia e especialmente reconhecer a pluralidade de seus princípios da justificação⁶¹⁴. Vem nesse sentido o reconhecimento do advento de uma nova exigência da complexidade social, qual seja, a de um direito menos rígido e mais flexível, o que ZAGREBELSKY denominou como direito “*mite*”⁶¹⁵, que significa, justamente, “direito dúctil”.

É no sentido de construir possibilidades concretas de uma política criminal que se deixe conduzir pela complexidade dos conflitos que trata, ao invés de os reduzir violentamente, que vêm à baila a mediação e as práticas restaurativas, o que as diferencia de uma nova tentativa de “esvaziar prateleiras”.

4.3. Do papel do Estado: institucionalização, *accountability* e as possibilidades de relação entre práticas restaurativas e o ordenamento jurídico

Quando se fala em uma relação possível de “*alternatividade estrategicamente não-excludente*” entre práticas de justiça restaurativa e práticas tradicionais do sistema de justiça penal, significa dizer, primeiro, que a realização bem-sucedida da primeira pode vir a substituir a segunda no que tange à aplicação da pena ou sanção; segundo, que se não cogita abrir mão da importância do Estado quanto à instrução probatória e ao acerto do caso penal sempre que seja o caso de resguardar garantias vinculadas ao direito à ampla defesa e ao contraditório (o sentido político do devido processo legal não é perdido ou mitigado com a inserção de procedimentos de mediação e outras modalidades voltadas à elaboração/resolução do conflito); terceiro, por fim, que é estratégica e politicamente viável operar com práticas de censura distintas da punição de modo gradual, paulatino, inclusive porque essa pode ser uma forma de desconstruir demandas coletivas pela própria pena e, assim, miná-la “de dentro para fora”. Não se trataria, exatamente, de uma interdependência, pois não haveria o recurso imediato ao

⁶¹³ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 5.

⁶¹⁴ VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*, p. 41 e ss.

⁶¹⁵ Sobre o tema, v. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992; v. também SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*, p. 133 e ss.

sistema penal no caso de descumprimento do acordado em uma prática restaurativa, distinguindo-se, nesse ponto, da proposta trazida pela Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas⁶¹⁶.

O ponto central reside em superar a lógica que potencializa a hostilidade na medida em que impede a comunicação entre os envolvidos, uma ideia que, no Brasil, já tem encontrado guarida no âmbito do direito privado, sendo tema em curso de grande discussão e atenção política, como se vê da instituição da Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos pela Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Tal Resolução trata da possibilidade de mediação penal ainda de forma muito restrita, nos termos de seu art. 7º, § 3º, o qual permite que sejam criados “programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos”, vinculando-os, entretanto, aos art. 73 da Lei 9.099/95 e aos art. 112 e 116 da Lei 8.069/90, o que significa a redução de seu âmbito de aplicação às infrações de menor potencial ofensivo e à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes.

Uma questão preliminar é até que ponto há necessidade de previsão legal para que práticas restaurativas possam ser implementadas; para SICA, por exemplo, essa não pode ser considerada uma exigência *a priorina* medida em que se deve pautar pela adaptabilidade e pela flexibilidade⁶¹⁷. A própria experiência da Lei 9.099/95 deve servir como “aprendizado” sobre a insuficiência da previsão legal para a efetiva instituição de novas práticas no ordenamento jurídico brasileiro; por outro lado, reconhece-se que sem normatização fica muito difícil superar as resistências políticas e ideológicas a proposições de inovação⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Vide os itens 16 e 17: ONU, Resolução 2002/12: “16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente. 17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente”.

⁶¹⁷ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 419; v. também PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*, p. 103. Em sentido contrário, VIANELLO, Francesca. “Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione”. *PISAPIA, Gianvittorio (org.). Prassi e teoria della mediazione*, p. 133.

⁶¹⁸ Sobre este paradoxo, v. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 141-178.

Assumindo a inevitabilidade da convivência com o sistema jurídico-penal formal, pode-se trabalhar com três modelos possíveis quanto às relações entre mediação e direito penal⁶¹⁹: de (a) *estraneidade total*, ou perspectiva macrosistemática, com a autonomia das práticas restaurativas em relação ao processo e com a mútua exclusão entre as esferas; de (b) *complementaridade estrutural*, coexistindo ambos sistemas mediante a colonização da mediação pelo direito, estabelecendo-se apenas uma “divisão de competências” e de (c) *complementaridade funcional*, com a manutenção da “ameaça” do processo ou da pena em face da possibilidade de conversão no caso de “fracasso” do instrumento mediatório. Nos modelos de complementaridade ou de perspectiva microsistemática, nos quais se deve discutir que tipo de “colocação interna” teriam as práticas restaurativas, há o risco de violação do princípio do *non bis in idem* caso se tenha mais de uma sanção pelo mesmo fato⁶²⁰.

Nesse trabalho, defende-se um quarto modelo, desdobramento do primeiro, precariamente denominado “*alternatividade estrategicamente não-excludente*”, no qual se admitiriam uma relação de complementaridade e dependência, mas de autonomia e alternatividade, tolerando-se porém a convivência provisória entre práticas restaurativas e as formas tradicionais da justiça penal com o objetivo de, produzindo-se coesão e estabilização sem a imposição de sofrimento, problematizar e transformar as representações que constroem socialmente a ideia de censura. Este é o ponto: limitar e conter o poder punitivo através da disputa travada sobre a construção social do que se define por censura, pena, justiça, ao invés de desprezar essas questões e crer que o direito penal, que assume todas as definições pré-estabelecidas de censura e pena, seria capaz de se constituir efetivamente como limite.

As práticas restaurativas seriam, nesse sentido, parte de uma estratégia de “segurança ativa”⁶²¹, distinta do escopo repressivo porque não é fundada na rejeição da desordem e do conflito. Seu ponto de partida é justamente o reconhecimento da

⁶¹⁹ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 17. V. também: MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 362 e ss.

⁶²⁰ SHAPLAND, Joanna. “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, p. 212-213.

⁶²¹ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione*, p. 4; v. também ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 184; MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 111-112; SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 419 e, citado por ele: ROSSNER, Dieter. “Mediation as a basic element of crime control: theoretical and empirical comments”. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 1, 2000, disponível em: <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>.

impossibilidade de se suprimir a violência interpessoal. A hipótese de redução da violência presente nas relações sociais, de desconstrução da “fala da violência” referida por CALDEIRA, através de práticas de censura fundadas na alteridade, tem respaldo na leitura de MACHADO DA SILVA, debruçado sobre a realidade brasileira, quando fala da necessidade de “medidas capilares, no plano das práticas cotidianas, que estimulem o reconhecimento mútuo, de modo a reconstituir a alteridade cancelada pela forma de vida representada pela violência urbana”⁶²².

Parâmetros normativos, por sua vez, podem ser encontrados na legislação e na Constituição da República Federativa do Brasil. Desde logo, porque todo o seu teor axiológico é marcado pelo estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III, CR), o que fortalece um princípio de secularização quanto à pena⁶²³ e a objeção kantiana contrária a quaisquer concepções preventivas que tomem o indivíduo como meio para a consecução de outros fins, mesmo que esses sejam benéficos à coletividade. Dentre os objetivos da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CR) não pode, por certo, referir-se a um País com a quarta maior população carcerária do Mundo, em termos absolutos⁶²⁴, e que não vê a correspondente redução da violência contra a vida, mas, ao contrário, seu incremento.

Ao se referir diretamente sobre a pena, o texto constitucional brasileiro estabelece vedações e diretrizes: veda o estabelecimento de penas de morte, salvo em casos de guerra declarada, bem como penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou, simplesmente, penas cruéis (art. 5º, XLVII, CR), esta última definição ainda carente de reflexão e aplicação jurisprudencial se tomada como um critério a ser aferido em concreto, e não em abstrato. Dentre as principais diretrizes, a Constituição autoriza ao legislador o estabelecimento das modalidades de penas indicadas no art. 5º, XLVI, CR, quais sejam, a privação da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos. A delimitação infraconstitucional é dada, hoje, pelo art. 32 do Código Penal, o qual estabelece as penas como sendo privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa.

⁶²² SILVA, Luiz Antonio Machado da. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano”. *Sociedade e Estado*, p. 79.

⁶²³ Sobre, v. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁶²⁴ População carcerária de aproximadamente 548.000 presos, de acordo com dados do INFOPEN de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.mj.gov.br>.

Mais recomendado é preservar a distinção conceitual entre as práticas restaurativas e o conceito de pena, como exposto; porém, se for o caso de, estrategicamente, buscar-se de imediato uma base constitucional e legal para sua aplicação, não haveriam maiores problemas em se utilizar o conceito constitucional de *prestações sociais alternativas* e a definição legal das *penas restritivas de direitos*. Da mesma forma, na seara da aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes responsabilizados por ato infracional, a via legislativa já existente pode ter sua aplicação adaptada às medidas de “obrigação de reparar o dano” e “prestação de serviços à comunidade” (art. 112, II e III, Lei 8.069/90) e ao princípio do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo que prevê a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (art. 35, III, Lei 12.594/12). A grande mudança se daria, enfim, na abertura de espaços de diálogo e mediação entre os envolvidos.

Para a eventual institucionalização de práticas restaurativas no direito brasileiro, nesse quadro, algumas questões ficam em aberto. Não se pretende respondê-las, mas apenas sugerir a sistematização de hipóteses de trabalho e se posicionar sem pretensões de definitividade. As três “grandes questões” seriam, primeiramente, (a) a necessidade ou desnecessidade de delimitação de sua abrangência, ou seja, quais os critérios de aplicabilidade e “envio” do caso e quais os legitimados; em segundo lugar, (b) quais seriam os momentos processuais adequados para tanto e, em terceiro, (c) quais seriam as consequências jurídicas de eventual encontro restaurativo, seja bem-sucedido, seja frustrado ou se descumpridas as medidas de reparação acordadas. Todas dizem respeito, diretamente, a que tipo de relação de autonomia ou dependência, de alternatividade ou complementaridade, estabelecer-se-ia entre as práticas restaurativas e o sistema penal.

Sobre a primeira delas: como se vê da síntese de algumas das principais experiências internacionais em mediação e outras práticas restaurativas, o envio do caso a um programa ou núcleo especializado pode ser atribuição da Polícia, com questionável aumento de seu poder discricionário, do Ministério Público, do Poder Judiciário ou dos próprios envolvidos, sendo muito variável o escopo de abrangência quanto a “quais delitos” seriam passíveis de submissão a esse tipo de procedimento.

Há dois tipos de limitação de impossível concordância: a vedação da autonomia dos próprios sujeitos envolvidos para darem início à prática restaurativa e a restrição de

sua abrangência consoante valorações em abstrato realizadas sobre a natureza ou gravidade do delito.

O Projeto de Lei n. 7.006/2006, em tramitação na Câmara dos Deputados, apresenta exatamente a deficiência de prever a possibilidade de remessa do caso apenas pela Polícia ou pelo Ministério Público, de modo condicionado à anuência do juiz, sem grandes diferenças para com as regras relativas ao exercício do direito de ação ⁶²⁵, o que é agravado, ainda, pela previsão da necessidade de análise da “personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal”.

É injustificável a restrição dos critérios de envio a um juízo prévio sobre a gravidade do crime fundado no *quantum* de pena em abstrato ou outras definições normativas. Nota-se que, se há um critério de inviabilização do encontro, da mediação, do diálogo, ele se refere muito mais à existência de um espaço para tanto, de laços sociais, de predisposições conforme o contexto e o caso concreto, do que qualquer juízo prévio sobre o fato ocorrido. Limitar a utilização de práticas restaurativas às infrações de menor potencial ofensivo, ou àquelas sem violência à pessoa, não tem respaldo algum na teoria e na prática da justiça restaurativa: trata-se de mera opção político-criminal conservadora em regra pautada por razões de celeridade e economia processual e não pela preocupação com a efetiva resolução dos conflitos, culminando na expansão do controle social formal por meio do efeito *net-widening* a que se referiu COHEN ⁶²⁶. Não há coerência, enfim, para com as próprias premissas que conduzem o foco deste debate.

Não se refere, nesse momento, à inviabilidade do encontro e da mediação no caso concreto, o que pode ocorrer por diversas razões, mas às vedações em abstrato, que *pressupõem* a impossibilidade da mediação, prévias a qualquer tentativa de organização e realização da prática restaurativa. Mesmo em casos de danos difusos relevantes, em que “não há vítima” ou ela é referenciada à coletividade, por exemplo, é possível pensar em práticas “parcialmente restaurativas”, ou seja, pensadas somente com o ofensor e a comunidade ⁶²⁷. A ausência da possibilidade de se individualizar a vítima não obstaculiza por completo a produção de censura sem afluência, na mesma linha do

⁶²⁵ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 225-226.

⁶²⁶ COHEN, Stanley. *Visions of social control*, p. 83-86. No mesmo sentido, MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe. “Restorative Justice: steps on the way toward a good idea”. MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial*, p. 3.

⁶²⁷ MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada*, p. 86.

que se faz em situações de difícil viabilização do encontro entre os sujeitos: pensa-se em práticas de “mediação indireta”, trocando acusados e vítimas de crimes similares (ocorrendo o encontro, mas não diante do “seu” ofensor ou ofendido), ou mediante correspondência. Enfim: como bem indicam os adjetivos nesse ponto, a restituição é criativa, a reparação é simbólica.

Um dos temas mais polêmicos quanto à adequação, ou não, de práticas restaurativas tendo em vista um tipo de ameaça ou dano pré-determinado diz respeito às situações de violência doméstica contra a mulher. No Brasil, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) veio à baila como forma de retorno ao tratamento “duro” e formal do sistema penal tradicional, retirando tais situações dos Juizados Especiais Criminais e prevendo uma série de “medidas protetivas” que foram comemoradas por setores dos movimentos feministas⁶²⁸.

Entretanto, a discussão é muito ampla⁶²⁹ e há argumentos consistentes tanto contra como a favor da utilização de práticas restaurativas nesses casos. A questão gira em torno ao fato de desigualdade de forças e a dominação de gênero estar literalmente “dentro de casa” e ser reproduzida no cotidiano, fazendo com que uma das principais premissas das práticas restaurativas, que é a criação de espaços de diálogo e compreensão mútua, pareça obsoleta ou mesmo perigosa à integridade física da mulher que é vítima de violência doméstica. Argumentos contrários vão no sentido de considerar que práticas pautadas no diálogo são inadequadas e acabam por minimizar a relevância do dano causado, favorecendo sua repetição e a reafirmação do domínio masculino. A possibilidade de a vítima se retratar, até a denúncia, em relação à representação por lesões corporais leves, por exemplo, foi um dos motes em torno à edição e discussão sobre a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), tendo o Supremo Tribunal Federal entendido, recentemente, que a lesão corporal leve, tratando-se de violência doméstica contra a mulher, é ação penal pública incondicionada e não depende da manifestação de vontade da vítima⁶³⁰. Muitos, por outro lado, enfatizam a capacidade de prevenção e evitação da reiteração da violência doméstica através da ativação da “rede social” em torno à mulher, como parentes, vizinhos e amigos,

⁶²⁸ Para uma análise comparativa das Lei 9.099/95 e Lei 11.340/06, v. ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 141-178

⁶²⁹ Para uma ampla e crítica revisão bibliográfica, v. DALY, Kathleen; STUBBS, Julie. “Feminist engagement with restorative justice”. *Theoretical criminology*, 10 (1), 2006, p. 9-28.

⁶³⁰ STF, ADIn 4424, Min. Relator Marco Aurélio, julgada em 9 de fevereiro de 2012.

envolvendo-os, responsabilizando-os⁶³¹, pois capazes de “quebrar a rotina”, justamente o âmbito no qual a violência doméstica emerge e se perpetua.

A segunda grande questão em aberto só faz sentido se houver uma relação entre as práticas restaurativas e o processo penal. Supondo sua inevitabilidade, ao menos de imediato, parece importante debater o momento adequado para sua proposição. Do prisma processual, há basicamente duas vias possíveis para se pensar a eventual institucionalização, ou mesmo a mera aceitação em paralelo, de práticas restaurativas: *antes* ou *depois* do acerto do caso penal. Os riscos e as consequências se afiguram bastante diversos: no primeiro caso, será necessário enfrentar os dilemas inerentes ao conceito tradicional de jurisdição e ao embate entre os princípios da obrigatoriedade e oportunidade, além dos obstáculos relativos à manutenção das garantias processuais e do direito de defesa. Já se após o acerto do caso penal, a reflexão passa a ser sobre a forma de expressão da reação institucional que segue à declaração da certeza da responsabilidade penal.

Sugere-se, inicialmente, que a concepção de *jurisdictio* não confronta, necessariamente, com a de *mediatio*, porque transitam em dimensões distintas. Não há espaço para a mediação em CHIOVENDA e seu conceito objetivista de jurisdição⁶³², que a define como o *poder* pelo qual vai o Estado concretizar o escopo não de composição de um conflito de interesses, mas da “atuação da vontade da lei no caso concreto”, verificando se há ou não o “dever de punir” através de decisão que forma coisa julgada, com força vinculante, sendo, nesse sentido, também uma garantia do cidadão. Evidente, portanto, seu caráter substitutivo que proíbe a realização de justiça “pelas próprias mãos” e restringe a aplicação de qualquer pena à observância do devido processo legal.

⁶³¹ Sobre o tema, v. também SMITH, Brenda. “Battering, forgiveness and redemption: alternative models for addressing domestic violence in communities of color”. SOKOLOFF, Natalie (ed.). *Domestic Violence at the Margins: readings on race, class, gender and culture*. London: Rutgers University Press, 2010, p. 321-339.

⁶³² CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. II, p. 1-7. V. também FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, p. 46. Criticando tanto os caracteres da *subsidiariedade*, porque com a hermenêutica não se mais fala em “vontade da lei”, como aquele da *substitutividade* na definição chiovendiana, v. BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição penal e normalização*, p. 77-83: “ao transferir ao Estado o direito de governar a si mesmo, o homem teria feito nascer o poder deste sobre todos, também conhecido como soberania. Nesse sentido, pode-se dizer que esta não foi cedida pelos homens ao Estado, mas que surgiu para este quando o homem deixou de agir de modo a seguir suas próprias paixões”. Equivocado afirmar, portanto, que a soberania teria sido delegada pelos cidadãos ao Estado por meio de um “contrato”: o Estado não substitui os cidadãos no exercício do poder jurisdicional, mas apenas atua a soberania que lhe é inerente.

Ocorre que o percurso teórico de construção de uma teoria própria para o direito processual penal passou justamente pela rejeição da compreensão segundo a qual haveria uma lide entre autor e vítima. Vide nesse sentido a primeira defesa de Francesco CARNELUTTI quando, visando fundar uma teoria geral do processo, definiu a “lide” como um conflito de interesses regulado ou composto pelo direito⁶³³, critério distintivo da existência de função jurisdicional e conteúdo do processo, fosse civil e penal. Alguns anos depois, após diversas críticas e polêmicas sintetizadas e analisadas por COUTINHO⁶³⁴, CARNELUTTI mudou sua posição e passou a defender uma concepção de pena como um “bem” sendo, por conta disso, o processo penal um processo voluntário, dentro do qual o Ministério Público teria um *affare* (projeto de condenação) cuja execução dependeria apenas da “autorização” pela sentença⁶³⁵.

LEONE, por sua vez, em leitura bastante difundida no âmbito da teoria do direito processual penal, falou em um conflito presumido entre a “pretensão punitiva” do Estado e a “pretensão à liberdade” do cidadão. O autor, bem como BELLAVISTA⁶³⁶, seu principal adepto, readaptou os conceitos de CARNELUTTI a fim de definir o conceito de lide penal como “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado; e uma situação contingente de relação entre Ministério Público e imputado, a qual pode reproduzir a primeira situação ou mesmo dela se afastar”⁶³⁷.

A presunção e objetivação do conflito de interesses, entendendo-o como um conflito imanente, são elementos presentes na oposição entre uma pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade de cada indivíduo. À parte esta situação imanente de conflito, ter-se-ia também uma situação contingente, referente à postura do Ministério Público e do acusado, que poderia se afastar ou se aproximar da primeira. Segundo COUTINHO, entretanto:

A tese de LEONE, não bastasse ter conseguido (às custas de uma premissa muito discutível, é verdade) uma coerência pouco vista anteriormente, na construção de um processo penal científico, seduz, à primeira vista, não só por manter uma considerável distância do direito processual civil, reservando particularidades do direito processual penal, como igualmente por

⁶³³ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 131.

⁶³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

⁶³⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Lezione sul processo penale*. 2. ed. Roma: Ateneo, 1949, p. 121-122.

⁶³⁶ Cf. BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*, v. I. Milano: Giuffrè, 1952.

⁶³⁷ LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*, p. 33: “una situazione immanente di conflitto tra diritto punitivo dello Stato e diritto di libertà (giuridica) del imputato; ed una situazione contingente di relazione tra pubblico ministero ed imputato, la quale può riprodurre la prima situazione oppure scostarsene del tutto”.

não penetrar em pontos comuns a um ponto capaz de imolar seus dogmas. (...). Para espantar o perigo, nada mais simples que estabelecer uma lide penal intocável e garantir (...) o processo penal como contencioso.⁶³⁸

Apesar disso, a teoria tem ampla aceitação, inclusive no Brasil. BELLAVISTA também afirma ser o conteúdo do processo indisponível⁶³⁹, ficando claro quais são os dois principais fundamentos da teoria: a presumibilidade do conflito e a suposta indisponibilidade do objeto do processo. Entretanto, a radicalização da defesa da indisponibilidade levaria a uma consagração do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, o que já não corresponde à realidade⁶⁴⁰ e constituiria um obstáculo intransponível à adoção de práticas de mediação. Em suma, presumir o conflito significa objetivá-lo de forma absoluta e, assim, excluir qualquer dimensão disponível à vontade das partes, excluindo o “conflito real” entre ofensor e ofendido, conflito este que se não equipara ao conceito carneluttiano de lide.

O ponto é que se não pretende, em qualquer sentido, retornar à primeira concepção de CARNELUTTI e buscar fortalecer uma base de direito privado para sustentar a teoria do direito processual penal, mesmo porque o autor, quando falou em conflito entre autor e vítima, jamais se referiu ao tema sob o escopo restaurativo, na medida em que o suporte de seu conceito decorria de uma determinada concepção de jurisdição, e não de mediação, referindo-se a uma pretensão resistida a compor a esfera material da lide, consistente na expressão de uma vontade por uma das partes sem que encontre a aceitação da outra:

A presença da pretensão resistida ou contrastada, como queria CARNELUTTI, faz do conflito de interesses uma lide, lá na esfera material. Os envolvidos, os litigantes, podem compô-la por suas próprias atuações, dando dela cabo. Se isso sucede – e é normal, já não tanto para cada um manter sua paz de espírito no meio social, mas porque é lugar comum a descrença em uma solução rápida das lides nos processos –, tudo se acomoda. No caso contrário, não resta outro caminho ao titular da pretensão que não aquele de dirigir-se à jurisdição, vedada há muito a justiça pelas próprias mãos.⁶⁴¹

A pretensão “é endereçada contra o adversário”, e no caso de não solução do conflito pelas próprias partes é que se vai ao juiz com a demanda, requerendo que se dê cumprimento à pretensão. O *accertamento* vem a ser a expressão da atuação jurisdicional: “aplicar obrigatoriamente uma norma (abstrata) a um caso (concreto)

⁶³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 93-94.

⁶³⁹ BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*, p. 13 e ss.

⁶⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 96 e ss.

⁶⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 30-31.

significa *integrar ou concretar o comando no caso dado*; tornar concreto o juízo hipotético contido na norma instrumental ou material”⁶⁴².

Ora, o que se constata é que a exclusão da vítima ou ofendido tanto do processo propriamente dito, até o acerto do caso penal, como da execução da sentença, não tem seu efetivo sustento na evitação da realização de justiça com as próprias mãos como garantia do indivíduo. A criação e institucionalização do Ministério Público, se por um lado é referida como meio de garantia dos direitos do acusado, porque evitaria a vingança privada e atribuiria a tarefa de “acusar” a órgão distinto do julgador⁶⁴³, historicamente se origina, como se sabe, do resguardo dos “interesses do rei”⁶⁴⁴. Suas feições modernas, mais precisamente, remetem ao complexo processo de burocratização que teve lugar na França napoleônica do início do século XIX e que sepultou a tentativa revolucionária de se criar uma estrutura popular ou “eletiva” para o exercício da ação penal⁶⁴⁵. A positivação do princípio da obrigatoriedade se deu, justamente, no século XIX, especialmente com o desenvolvimento teórico do tema em Itália e Alemanha⁶⁴⁶, com fulcro na igualdade de todos perante a lei.

O princípio da necessidade do processo legal devido para a aplicação da pena e a absoluta indispensabilidade da intervenção jurisdicional, expressos na expressão *nulla pena sine iudicio*, não são o mesmo que a estrutura de confisco da vítima, pois enquanto esta última remete à base do sistema inquisitório, o primeiro constitui um princípio de garantia que surgiu depois como limite desta última. Eles não se equivalem e, por isso mesmo, o primeiro não veda, por si só, a absorção da possibilidade de se levar em conta

⁶⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 133; e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 32: “Uma das opiniões (ou uma terceira), em vista das vontades, deve prevalecer. Em outras palavras: ou as partes se acomodam ou atua a jurisdição para fazer prevalecer uma das vontades, quicá sustentada em sua própria opinião”.

⁶⁴³ JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, p. 23.

⁶⁴⁴ No *Code d'instruction* de 1808, a iniciativa para o exercício da ação penal pertencia ao procurador geral e se estabelecia uma rígida ordem de substituições para o caso de impedimento do superior, cf. NOBILI, Massimo. “Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale”. CONSO, Giovanni (org.). *Pubblico Ministero e Accusa Penale: problemi e prospettive di riforma*, p. 102.

⁶⁴⁵ Vide especialmente a Lei de 16-29 de agosto de 1790, que previa a eleição dos juízes pelo povo; à época, discutiu-se a hipótese de se definir o acusador mediante uma espécie de delegação popular. Sobre, v. NOBILI, Massimo. “Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale”. CONSO, Giovanni (org.). *Pubblico Ministero e Accusa Penale: problemi e prospettive di riforma*, p. 109: “l’iniziativa spettava essenzialmente al giudice di pace (magistrato elettivo); alle parti private; in certi casi ai ‘semplici’ cittadini (dénunciation civique), L’atto di accusa (nel quale probabilmente conviene collocare l’esercizio dell’azione in senso proprio) era decretato da una giuria popolare (jury d’accusation, appunto). L’ufficio del commissaire du Roi e i nuovo pubblico accusatore intervenivano solo a questo punto; il secondo, per esercitare l’accusa formulata dalla prima giuria”.

⁶⁴⁶ MILETTI, Marco Nicola *et al.* “Il principio di obbligatorietà dell’azione penale oggi: confini e prospettive: premessa storica”. *Criminalia: annuario di scienze penali*, p. 304-305, fazendo referência, no caso italiano, ao art. 2 do *Codice Romagnosi*, de 1807 (“Ogni delitto dà luogo ad un’azione penale”).

a inserção do ofendido e um juízo de valor que, no caso concreto, conclua pela injustiça ou inutilidade de punir.

Não é o que afirma CALAMANDREI, porém, quando define o processo como um meio de resolução de conflitos entre interesses públicos “que algumas vezes se revela também na lide, mas que nasce sempre, no exterior dela”:

nega-se que no hodierno Estado de Direito (...) o processo penal possa ser reduzido a mera composição de conflitos, quando se sabe que nesse processo o eventual consenso manifestado pelas partes (ou porque o Ministério Público, convencido da inocência do imputado, pede a absolvição; ou porque o imputado se reconheça culpado e se declare pronto para cumprir a pena) não exonera o juiz de exaurir ao máximo suas dúvidas e de aplicar a lei penal em conformidade ao seu convencimento, que pode ser em sentido contrastante à concordância entre as duas partes.⁶⁴⁷

Ora, parece se tratar da tradução, em termos processuais, da mesma função político-criminal de confisco do conflito consumada pela *inquisito* e o paradigma do *crimen laesae maiestatis*. A presença da vítima é mecanicamente associada a uma concepção privatística de processo porque, afinal, jamais é trazida à mesa a questão da resolução do conflito real, reduzido ao conceito de caso penal, entendido este, menos amplo que aquele, como a “situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal”⁶⁴⁸. Em outras palavras, não se pode tratar a restauração que incide sobre o conflito e a punição que decorre do acerto do caso penal como uma dicotomia ou oposição, justamente porque são conceitos construídos com pontos de partida e objetivos totalmente distintos.

No mesmo sentido, a hipótese de mediação entre autor e vítima não adentra o horizonte do debate sobre a natureza jurídica do processo⁶⁴⁹. De fato, tanto na teoria da relação jurídica de Oscar VON BÜLOW⁶⁵⁰ e a importância da visualização de um processo de partes; bem como na concepção triangular da relação jurídico-processual

⁶⁴⁷ CALAMANDREI, Pietro. “Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione)”. *Rivista di diritto processuale civile*, p. 17 e 19: “si nega che nell’odierno Stato di diritto (...) il processo penale possa esser ridotto a mera composizione di conflitti, quando è noto che in questo processo l’eventuale consenso manifestato dalle parti (o perchè il Pubblico Ministero, convinto dell’innocenza dell’imputato, ne chieda l’assoluzione; o perchè l’imputato si riconosca colpevole e si dichiari pronto a scontare la pena) non esonera il giudice dall’esaurire fino in fondo le sue indagini e dall’applicare la legge penale in conformità del suo convincimento, che può voler dire anche in contrasto colla richiesta delle due parti concordi”.

⁶⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 135.

⁶⁴⁹ A questão é bem colocada por BARROS quando pergunta: “se a base justificadora do processo está na expropriação do conflito, como se justificarão as teses de participação da vítima no processo penal?”; cf. BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*, p. 19.

⁶⁵⁰ BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1964 [1868].

desenvolvida por Adolph WACH⁶⁵¹; ou ainda na contraposta teoria da situação jurídica de James GOLDSCHMIDT⁶⁵² por um caráter dinâmico do processo como meio de constituição da coisa julgada, o que se discute é a autonomia do direito processual em relação ao direito material e a superação de quaisquer concepções privatísticas de processo, como aquelas que buscavam compreendê-lo como uma modalidade de “contrato” ou “acordo”. Havendo um órgão público responsável por acusar, assiste razão a LOPES JR quando reconhece a importância em se compreender o réu como parte integrante do processo “e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação”⁶⁵³. Não há espaço, nesse debate, para a mediação, mas não tanto porque haja uma consistente incompatibilidade e sim porque a questão nunca foi efetivamente enfrentada do ponto de vista da resolução do conflito.

Sendo assim, as maiores dificuldades para a abertura processual às práticas restaurativas residirão certamente se a proposição alterar a fase que *antecede* o acerto. A primeira dificuldade estaria no exercício do direito de ação no processo penal, o qual é marcado pelos caracteres da estatalidade e da oficialidade: segundo o art. 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, o exercício do direito de ação, salvo nos pouquíssimos casos em que a iniciativa é privada, é atribuição exclusiva do Ministério Público. Nesses termos se considera tal exercício como obrigatório⁶⁵⁴, quanto à ação, desde que presentes as condições para tanto, e indisponível, quanto ao conteúdo do processo⁶⁵⁵, sendo vedada a desistência (vide, por exemplo, os artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal brasileiro).

Em outros termos, ao Ministério Público não é facultado decidir se, no caso concreto, exercerá ou não o direito de ação, sendo este um poder-dever de natureza democrática e com sustento na igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Vale observar que esta é a regra legal no Brasil, constitucional na Itália e a tendência dos

⁶⁵¹ WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977 [1885].

⁶⁵² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936.

⁶⁵³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*, p. 90.

⁶⁵⁴ Muitas vezes se utiliza as expressões obrigatoriedade e legalidade como sinônimos; v. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, p. 129-130. Para outros, é adequado considerar o princípio da obrigatoriedade como o dever legal de atuação que decorre do princípio da legalidade, cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, p. 43.

⁶⁵⁵ Os fundamentos são falhos, cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p.96 e ss.; porque levariam à consagração do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, o que não corresponde à realidade, mormente do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

sistemas de matriz europeia-continental, com a exceção da França⁶⁵⁶; ao passo que, nos sistemas de matriz anglo-saxã, tende a prevalecer maior espaço de discricionariedade do órgão responsável pela acusação.

Desde logo, porém, como bem aponta NOBILI, a obrigatoriedade no exercício da ação penal não retira da função de acusar seu caráter profundamente valorativo e jamais neutro⁶⁵⁷. É o que se nota da cada vez mais evidente necessidade de releitura do princípio da obrigatoriedade em face de diversas aberturas legais: por exemplo, o artigo 28 do Código de Processo Penal⁶⁵⁸, o qual estabelece um mecanismo misto de controle sobre o arquivamento do inquérito policial, concluindo COUTINHO que “de nada adianta, sabe-se bem, sustentar um princípio que não tenha fundamento ou, pelo menos, que possa ser manipulado ao ponto de desfigurar-se”⁶⁵⁹. De fato, uma assunção absolutamente rígida do princípio da obrigatoriedade acaba se tornando um postulado meramente ideológico e que oculta diversas modalidades de mitigação que abrem espaço a uma “discricionariedade controlada”⁶⁶⁰ ou seu oposto, o princípio da oportunidade, definido sinteticamente como “liberdade de apreciação do Ministério Público relativamente ao se da decisão de investigar ou de acusar apesar de estarem reunidos os pressupostos legais (gerais) dos ditos deveres”⁶⁶¹ ou, em sentido similar, como “uma flexibilidade da persecução penal, da seleção penal, com exclusão de alguns fatos relevantes, da formulação ou não da acusação, da qualificação dos fatos ou da substituição da pena ou sua aplicação pela imposição de outras medidas”⁶⁶².

O fundamento político-criminal do princípio da obrigatoriedade repousaria, a princípio, em uma acepção retributivista, enquanto a abertura de maiores espaços de oportunidade seria mais coerente a um prisma consequencialista da pena⁶⁶³. Porém,

⁶⁵⁶ Sobre o princípio da obrigatoriedade no direito comparado, v. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*, p. 55 e ss.

⁶⁵⁷ NOBILI, Massimo. “Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale”. CONSO, Giovanni (org.). *Pubblico Ministero e Accusa Penale: problemi e prospettive di riforma*, p. 121.

⁶⁵⁸ “Art. 28, CPP: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

⁶⁵⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial”. *Revista de Processo*, p. 52. Ver também LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, p. 380-1.

⁶⁶⁰ PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Ação Penal*, p. 38 e ss.

⁶⁶¹ CAEIRO, Pedro. “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”. *Legalidade versus Oportunidade*, p. 46.

⁶⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*, p. 49.

⁶⁶³ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino (DPPa)*, p. 551; v. também BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts*, p. 115; e CAEIRO, Pedro. “Legalidade e oportunidade: a

invertendo o raciocínio, poder-se-ia identificar a finalidade de prevenção geral como associada à obrigatoriedade da ação penal, como faz FIGUEIREDO DIAS⁶⁶⁴, enquanto o princípio da oportunidade atenderia a um juízo crítico sobre a constatação da estigmatização decorrente do processo penal e restaria fundada na dignidade da pessoa humana⁶⁶⁵. Nesse sentido, o princípio da oportunidade pode ser ressignificado como garantia do cidadão, na medida em que visa não submeter o indivíduo ao poder punitivo do Estado, mas sim evitar a persecução no caso concreto, quando favoráveis as circunstâncias nesse sentido.

A afirmação de um princípio de oportunidade, portanto, não viola por si só a igualdade formal, mas ao contrário, pode servir como ferramenta que leva em conta uma dimensão material do sistema penal:

Oportunidade significa, nesse contexto, a possibilidade de os órgãos públicos a quem se encomenda a persecução penal prescindirem desta, diante da notícia de um fato punível ou, inclusive, perante prova mais ou menos completa de sua perpetuação, formal ou informalmente, temporária ou definitivamente, condicional ou incondicionalmente, por motivos de utilidade social ou razões político-criminais.⁶⁶⁶

De todo modo, há também a via tipicamente instrumental de justificação do princípio da oportunidade como pautada na eficiência e na redução de custos, como lembra HASSEMER⁶⁶⁷. O grande risco que se apresenta é a sua conjugação a critérios prognósticos fundados em juízos de periculosidade, como forma de uma perversa “gestão eficiente” e seletiva sobre aqueles tidos como perigosos. É por isso que FIGUEIREDO DIAS defende a posição segundo a qual não se trata de discutir a substituição de um princípio por outro, mas sim de estabelecer limitações fundadas em critérios de oportunidade ao princípio da obrigatoriedade, mantendo-se este último como ponto de partida⁶⁶⁸.

Ainda em digressão: na fase postulatória, tratando-se de ação penal pública condicionada à representação da vítima, retratável até a denúncia (art. 25, CPP), práticas restaurativas podem ser um meio para que a própria manifestação da vítima afaste a

perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”. *Legalidade versus Oportunidade*, p. 47.

⁶⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, p. 129.

⁶⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*, p. 79-87.

⁶⁶⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino (DPPa)*, p. 556: “*Oportunidad* significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”.

⁶⁶⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 235.

⁶⁶⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, p. 130.

intervenção penal⁶⁶⁹; já se for o caso de ação penal pública incondicionada, como a maioria das situações, haverá que se equilibrar e limitar o princípio da obrigatoriedade, na atuação do Ministério Público, frente a eventuais medidas restaurativas decididas em conjunto. Vários países, dentre os quais Portugal e Alemanha, criaram para situações como essa institutos como a suspensão do processo. Nesses casos, em regra, o descumprimento do “acordo” ou a recusa do acusado implicam o retorno ao *iter* processual previsto em lei. O risco de deturpação do caráter voluntário, nesse sentido, é evidente na “presença estrutural da ameaça penal como elemento de definição da mediação”, justamente quando a mediação deveria decorrer de uma ressignificação do problema totalmente diversa⁶⁷⁰.

Nota-se, da Resolução 125/10-CNJ, a preocupação em garantir a presença do titular da ação penal em todos os atos, o que significa, salvo nos casos em que a iniciativa da ação penal é privada, a obrigatoriedade da presença do Ministério Público. Sobre a atuação do Ministério Público, Julia FIONDA identificou três modelos possíveis⁶⁷¹: (a) o modelo da *eficiência operacional*, nos moldes dos Juizados Especiais Criminais; (b) o modelo *restaurativo* e (c) o modelo da *credibilidade*. O primeiro deles, voltado à celeridade e à economia processual, tem por efeito contraproducente o incremento da jurisdicionalização e penalização de pequenos conflitos. Este último, da “credibilidade”, corresponde aos mecanismos de concentração e agilização do atendimento, visando produzir no público a sensação de eficiência e rapidez por parte do Poder Judiciário. Interessa o papel do Ministério Público em um modelo restaurativo, ponto delicado a se discutir, na medida em que é princípio fundante das práticas restaurativas o resgate do lugar e da fala da vítima. Ocorre que tal mudança não equivale a transferir à vítima a titularidade do direito de ação. Nunca foi essa a preocupação ou reivindicação. Trata-se sim de definir a relevância da aproximação entre autor e vítima e seus pares no que tange à discricionariedade e oportunidade do Ministério Público para o exercício da ação penal, mitigando-se significativamente o princípio da obrigatoriedade: esta parece ser a abertura legal saudável e necessária a ser ainda realizada no Brasil.

⁶⁶⁹ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 428.

⁶⁷⁰ MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*, p. 14.

⁶⁷¹ FIONDA, Julia. *Public Prosecutors and Discretion*, p. 176-193.

Em suma, parece possível tal mitigação diante do reconhecimento da realização de práticas de mediação. Nesse sentido o argumento que preza pela importância da imediatidade do encontro em relação aos objetivos das práticas restaurativas. Por isso é que, em muitos países, havendo confissão ou o caráter relativamente incontroverso dos fatos, o caso é desde logo enviado aos programas de mediação antes mesmo do exercício do direito de ação ou até durante a fase instrutória. Todavia, trata-se de uma absorção pelo processo penal, mesmo com as diferenças marcantes na base teórica, o que produz riscos significativos e principalmente aquele da “coerção à participação” tanto do acusado como da vítima.

Para FIONDA, o Ministério Público pode ter um papel importante justamente na “devolução” do conflito à vítima, seja na fase pré-processual, seja requerendo reparação em seu nome⁶⁷². A concepção da autora, porém, trabalha apenas com uma noção econômica ou pecuniária de reparação e não leva em conta o potencial da reparação simbólica, que requer preparação, tempo e paciência. O ponto de tensão reside no anseio por celeridade e “esvaziamento de prateleiras” que em regra pautam a adoção desse tipo de medida, desvirtuando seus objetivos. De todo modo, o potencial para a abertura a práticas restaurativas no Brasil, considerando o quadro legislativo atual, tem na participação do Ministério Público, na feição desejada pela Constituição de 1988, importância fundamental especialmente nos casos de ato infracional praticado por adolescente em conflito com a lei, já que é com o Promotor de Justiça o primeiro contato, após aquele com a Polícia, para a realização da oitiva informal.

Na fase decisória, há uma possibilidade bastante interessante e sobre a qual ainda pouco se discute, consistente na cisão da decisão entre o acerto do caso penal, que resulta na condenação ou absolvição, e a aplicação e execução da respectiva consequência. Nesse sentido, PAVARINI:

O acerto do fato e da culpa não pode, de fato, assumir senão a dogmática garantista do direito penal clássico. Certo que não basta isto para uma justiça penal do cidadão (e não do súdito ou do inimigo), mas considerando o atual estágio do processo histórico iniciado com o advento da modernidade não consigo imaginar como se poderia renunciar a tais postulados. (...). Mas censurar um fato socialmente reprovável não significa apenas ou necessariamente punir no sentido próprio e original de inflicção voluntária e expressiva de dor ao responsável pelo fato. Se

⁶⁷² FIONDA, Julia. *Public Prosecutors and Discretion*, p. 182. Observa-se apenas, todavia, que o atual art. 68 do Código de Processo Penal já prevê que o Ministério Público deve promover a ação civil *ex delicto* ou a execução da sentença condenatória no caso de vítima hipossuficiente; mas foi reconhecida a “inconstitucionalidade progressiva” do referido dispositivo porque a atribuição constitucional (art. 134, CR) para esta atuação é da Defensoria Pública, aguardando-se apenas a devida estruturação desta instituição em todos os Estados. Sobre, v. STF, RE 135328/SP; Pleno; Rel. Min. Marco Aurélio; Julg. 29/06/1994; DJU 20/04/2001.

para qualquer nova ideia é preciso acreditar, a fim de que se convença a correr os riscos da mudança, confio que cada vez mais se atenuará a tensão entre acerto da responsabilidade penal e aplicação/execução da consequência para o responsável, e que no futuro este nó acabará por se desatar em definitivo⁶⁷³.

Sendo o caso de se abrir espaço às práticas restaurativas, tratar-se-ia de o juiz, reconhecendo a presença de provas suficientes e válidas à condenação do réu, cindir a decisão para abrir aos diretamente envolvidos a possibilidade de discussão sobre a medida adequada a ser aplicada, deixando de lado a dosimetria da pena. Essa é uma hipótese merecedora de aprofundamento e reflexão, tratada por HASSEMER a partir da distinção entre dois casos completamente distintos: “um que é o fundamento do juízo da punibilidade” e “outro que é o fundamento da determinação da pena”, reconhecendo que “o que é relevante para a punibilidade não necessita ser também para a determinação da pena”⁶⁷⁴. A “salvação” do direito penal como limite da pena, arrisca-se dizer, estaria na sua redução à dogmática e aos critérios de imputação, diferenciando-se e afastando-se da aplicação da punição. A sentença seria apenas condenatória, reprobatória, reconhecendo a responsabilidade, mas sem pena: a questão sobre “o que fazer” a seguir delimitaria a fronteira entre a função da jurisdição e da mediação.

Na fase de execução, por fim, supondo ter a decisão já transitado em julgado, inclusive se tratando de aplicação de pena privativa de liberdade e dentro de estabelecimentos penais de regime fechado, já não há nenhum óbice, fático ou legal, para a organização e realização de práticas restaurativas, embora os programas e experiências nesse sentido não produzam, em regra, consequências jurídicas sobre a pena em cumprimento. Há vários projetos no continente norte-americano, muitos de inspiração religiosa, que visam à aplicação de princípios restaurativos entre condenados à prisão ou à morte e vítimas e familiares de vítimas de crimes violentos⁶⁷⁵.

⁶⁷³ PAVARINI, Massimo. “Apresentação à 2ª edição”. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, p. XVIII-XIX. Similar, não defendendo a cisão, mas a releitura do tema das consequências jurídicas do delito a partir da teoria do delito, v. BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, p. 478-481. Tratando de situação diversa, mas já admitindo, de certo modo, a “cisão” da decisão penal, vide a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

⁶⁷⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, p. 150-151.

⁶⁷⁵ Por exemplo, v. projeto organizado pelas próprias famílias de vítimas de homicídio: KING, Rachel. *Don't kill in our names: families of murder victims speak out against the death penalty*. New Jersey: Rutgers University Press, 2003; ou ainda a coletânea de experiências de práticas restaurativas junto a famílias de condenados aguardando execução da pena capital: BECK, Elizabeth; BRITTO, Sarah; ANDREWS, Arlene. *In the shadow of death: restorative justice and death row families*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

O ponto mais sensível, porém, é o tipo de relação estabelecida quanto à repercussão jurídica do encontro restaurativo no processo penal, o que remete à terceira questão em aberto, sobre as consequências jurídicas processuais e materiais da prática restaurativa. Pode-se sistematizar a problemática em três situações possíveis: a) a prática restaurativa é realizada com “sucesso”, ou seja, os sujeitos envolvidos acordam determinada obrigação como forma de reparação material e simbólica; b) não é possível realizar a mediação, o círculo restaurativo ou a conferência familiar, ou ela resta frustrada⁶⁷⁶; c) a prática restaurativa é realizada, porém as medidas de reparação material ou simbólica não são cumpridas.

Há possíveis modelos intermédios. O modelo belga de mediação foi analisado por ACHUTTI como possível referencial normativo a ser adaptado, tendo em vista a preservação de uma relativa autonomia entre as práticas restaurativas e o sistema penal, especialmente a partir da Lei de 22 de junho de 2005, que instituiu a “mediação para a reparação” em qualquer fase do processo penal ou mesmo na execução da pena. Seus aspectos positivos, segundo o autor, são principalmente a não-definição de um formato rígido de mediação, deixando seu detalhamento em aberto, e a compreensão da mediação como processo comunicativo de restabelecimento do diálogo, não conferindo tanto valor ao “resultado do encontro”⁶⁷⁷. O procedimento de mediação é conduzido *fora* do Poder Judiciário e do Ministério Público, e seu relatório “*poderá* ser enviado ao processo, caso essa seja a vontade das partes, e o juiz, ao tomar conhecimento do resultado da mediação, *poderá* levá-lo em consideração no momento de prolatar a sentença”⁶⁷⁸. Do mesmo modo, o Ministério Público *poderia* avaliar, a seu critério, se o procedimento de mediação seria levado em conta na decisão de oferecer ou não a denúncia.

Diferentemente, no Projeto de Lei n. 7.006/2006, entre outras proposições, propõe-se a criação de nova causa de extinção da punibilidade no Código Penal, consistente no cumprimento da medida, bem como inserir-se-ia no Código de Processo

⁶⁷⁶ Braithwaite menciona uma situação, do programa de Canberra (Austrália), em que o acusado ameaçou a vítima mulher com uma seringa e o encontro foi interrompido. Houve grande atenção da mídia, não obstante tenha sido o único caso similar em mais de dois mil, cf. BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*, p. 139. É o problema do “participante não-cooperativo”, cf. WALGRAVE, Lode. “Integrating criminal justice and restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*, p. 560.

⁶⁷⁷ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 196-197.

⁶⁷⁸ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 205.

Penal a previsão expressa da possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia durante o procedimento restaurativo.

Ressalta-se ser este o ponto mais delicado de qualquer modelo de interseção e convivência entre lógicas tão distintas, pois cada opção tomada parece fazer emergir novos problemas. Por um lado, nos modelos de complementaridade funcional, a mera previsão de coexistência entre práticas de mediação e o sistema penal acaba por distorcer o sentido da mediação e da participação dos envolvidos, a ponto de asinviabilizar, pois ataca pressupostos de sua consecução. É que havendo a “barganha” ou a “ameaça” do processo e da pena, ressignifica-se a própria adesão dos envolvidos e sua participação. Está-se de acordo com ACHUTTI, segundo quem a relação de dependência ou complementaridade induz os ofensores a buscar “forçar a realização dos acordos, pois ao ouvir do promotor que se o caso fosse mediado e resolvido, o processo seria arquivado, o ofensor passava a tentar o acordo de todas as formas possíveis”⁶⁷⁹, além da vítima “se sentir usada”.

A autonomia é fundamental para que, nas palavras de FABRICIUS, haja efetivamente um “espaço livre de estratégias secundárias, uma vez que nenhum ganho secundário está em jogo”; o autor, que em nenhum momento menciona expressamente a justiça restaurativa, mas tratando da importância da censura fundada na alteridade, ressalta:

Relatar a própria lesividade e os próprios delitos é bastante complicado. O fato de as vítimas poderem falar e tornar públicas as suas feridas as liberta da posição de vítima. E, na medida em que a isso não se vincula nenhuma reparação ou punição, elas estão livres da suspeita do exagero. Da mesma maneira, os autores podem confessar e reconhecer, sem que o medo da perseguição ou da pena lhes cause maior dificuldade. (...). O reconhecimento do injusto e de sua produção dá chance a um contato com o ofendido, ou com seus parentes sobreviventes. Desse modo, uma reparação do dano pode ser negociada dentro do relacionamento pessoal: uma compensação justa – que no mais das vezes é simbólica, talvez para repelir a falsa aparência de que nada aconteceu⁶⁸⁰.

Recomenda-se, por isso, um modelo fundado na autonomia e que não estabeleça relações de dependência ou condicionantes em relação ao sistema penal formal. Porém, não se pode ignorar a importância da expectativa de mínimo respaldo e segurança jurídica para estimular e garantir a própria adesão e a participação ativa dos

⁶⁷⁹ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 200.

⁶⁸⁰ FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*, p. 35-36.

envolvidos⁶⁸¹, bem como para impedir abusos e para equilibrar relações de poder e força inerentemente desiguais.

Essa é a questão da *accountability* do papel do Estado nas práticas restaurativas. Trata-se de termo sem tradução direta ao português e que significa justamente o estabelecimento de garantias de confiabilidade, voltadas à possibilidade de controle externo de eventuais abusos e sua revisão, sempre que necessário, tornando a própria proposta mais “responsável” porque *accountable*⁶⁸²:

Accountability é definida como uma garantia procedimental, pela qual quem decide é chamado a explicar ou justificar suas ações e decisões, com o objetivo de incrementar a qualidade e a legitimidade das decisões tomadas em encontros restaurativos.⁶⁸³

Eis o desafio: a participação ativa é descaracterizada sem a efetiva autonomia das práticas restaurativas em relação à justiça penal tradicional, mas não há *accountability* se os acordos delas oriundos forem menosprezados, descumpridos, esquecidos ou se não tiverem qualquer tipo de controle e supervisão.

A postura do Estado diante de práticas de censura produzida pela interação entre os próprios atores sociais não deve, portanto, ser de omissão, embora não seja de protagonismo: nesse meio caminho, a garantia de direitos e a evitação de abusos fazem mais sentido. Por exemplo, através da possibilidade de impugnação e controle se a medida acordada na prática restaurativa exceder a pena prevista para o caso: haveriam parâmetros máximos, para cada caso, para além dos quais não se poderia ultrapassar⁶⁸⁴. Vai nesse sentido a crítica de SICA segundo a qual “crimes de bagatela,

⁶⁸¹ ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, p. 201. Narrando o ocorrido com organização não-governamental, na Bélgica, que se propôs a atuar de forma absolutamente autônoma realizado procedimentos de mediação: “apenas 2 ou 3 casos de mediação foram realizados em 2 anos. (...). Conforme o relato do entrevistado, concluiu-se que ‘se tratava de um grande desastre! Nós distribuímos dez mil panfletos e as pessoas não apareceram’”, o que conduziu a um movimento de aproximação com o Ministério Público e o Poder Judiciário.

⁶⁸² WALGRAVE, Lode. “Integrating criminal justice and restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*, p. 571.

⁶⁸³ ROCHE, Declan. *Accountability and Restorative Justice*, p. 21: “Accountability is defined as a procedural safeguard, whereby decision makers are required to explain or justify their actions or decisions, with the aim of improving the quality and legitimacy of decisions in restorative meetings”. Para análise da amplitude e várias modalidades do conceito, v. ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁸⁴ Não parece haver divergências sobre este ponto, cf. por exemplo ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, p. 260, especialmente onde “o próprio Estado viola direitos humanos”. Para muitos, porém, como ROCHE, Declan. *Accountability and Restorative Justice*, p. 216-217, e LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice*, p. 51-53, também devem haver parâmetros mínimos em comparação à pena prevista para o caso, impedindo a “excessiva leniência” das medidas restaurativas em casos considerados “mais graves”. Não se pode concordar, porém, porque a violação da autonomia dos sujeitos vitimizados e criminalizados em estabelecer o que é necessário à

fatos pouco esclarecidos e/ou de duvidosa adequação típica não devem ser encaminhados para a justiça restaurativa, sob o risco de gerar graves ilegalidades, disfuncionalidades e a expansão disfarçada do poder punitivo”⁶⁸⁵.

O papel do Estado e dos poderes públicos, portanto, é o de minimizar a dominação, reequilibrar eventuais desigualdades que impeçam a constituição do espaço comunicativo necessário ao encontro restaurativo, é servir de “intermediador e facilitador dos encontros e das resoluções”, sem descuidar do fato de que os atores tradicionais do processo, imersos na “cultura inquisitória”, quiçá sejam “as figuras menos indicadas para atuar neste momento”⁶⁸⁶.

São, essas, meras indicações de um esboço de sistematização que não pretendem se apresentar como “respostas prontas”. Não é possível se ter respostas quando o que se tem são ainda questões em processo de formulação. Assim como um modelo de censura fundado na alteridade e na interação não pretende “encontrar a verdade” ou mesmo o resultado “da justiça”, experiência do impossível, é tempo de se atentar mais às perguntas e às novas perguntas que devem ser realizadas do que cair na cilada, desestimulante, da busca por novos fechamentos.

restauração só é justificada em termos de proteção de direitos, ou seja, diante de parâmetros máximos, nunca mínimos.

⁶⁸⁵ SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, p. 428.

⁶⁸⁶ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*, p. 252. Observa-se que também se debate a possibilidade de tais mecanismos serem construídos fora do Estado: ROCHE identificou, pesquisando em vinte e cinco programas, em seis países, o que denominou de mecanismos de uma possível *accountability deliberativa*, entre os próprios cidadãos, nos círculos e práticas restaurativas, presente no processo de mútua negociação durante o debate sobre “o que fazer” em relação ao fato ocorrido. Haveria, portanto, um esquema de controle mútuo entre os próprios participantes: vítimas, autores e seus grupos de suporte; cf. ROCHE, Declan. *Accountability and Restorative Justice*, p. 229-231.

CONCLUSÕES

Fora isso: ele sentira vitória. Com deslumbramento, vira que a coisa inesperadamente funcionava: que um ato ainda tinha o valor de um ato. E também mais: com um único ato ele fizera os inimigos que sempre quisera ter – os outros. E mais ainda: que ele próprio se tornara enfim incapacitado de ser o homem antigo pois, se voltasse a sê-lo, seria obrigado a se tornar o seu próprio inimigo – uma vez que na linguagem de que até então vivera ele simplesmente não poderia ser amigo de um criminoso. Assim, com um único gesto, ele não era mais um colaborador dos outros, e com um único gesto cessara de colaborar consigo mesmo. Pela primeira vez Martim se achava incapacitado de imitar(LISPECTOR, Clarice. *A maçã no escuro*, p. 36).

A cíclica divulgação pela mídia e concentração das atenções sobre atos de violência interpessoal extrematende a produzir a descrença diante do novo ou, trocando palavras, tende a reforçar a fé na sua impossibilidade. De fato se reconhece na atualidade, enorme e generalizada demanda pela pena. A politização do aumento da percepção subjetiva de insegurança repercute sobre muitas dimensões da vida em sociedade e sobre a própria dogmática penal, que cada vez mais se ressignifica nos rumos de um “direito penal do risco”, preventivo e voltado à gestão da redução de custos com a pretensão de redução dos índices de criminalidade registrada enquanto, em paralelo à venda da segurança pessoal como *commodity*, legitima-se discursivamente o extermínio daqueles socialmente construídos como inúteis e descartáveis.

É compreensível que, em um quadro como este, o discurso crítico concentre esforços em estabelecer mecanismos políticos e normativos de limite e contenção ao arbítrio e à violação de direitos.

Não obstante isso, esta tese sugere que é preciso ir além. Não se poderia ter a pretensão de mudar o mundo com palavras. A realidade é transformada (também) fora dos círculos acadêmicos. Sem respostas prontas, portanto; esta tese defende que novas apostas ocupem o horizonte; pavimentado pelos pressupostos de uma modalidade possível de censura fundada na alteridade ao invés da canalização institucional da hostilidade.

Para tanto, é fundamental que um marco sociológico desconstrucionista se faça presente não apenas em relação ao conceito de “crime” – sobre o qual se concentraram as criminologias críticas – mas também diante da noção de “pena” e os mais variados sentidos atribuíveis a expressões como “que a justiça seja feita”, “pagar pelo que fez”, o

que ganha respaldo com a análise do material empírico disponibilizado e constituído por 486 (quatrocentos e oitenta e seis) estudos psicossociais produzidos no âmbito da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba, Paraná, entre 2007 e 2012 e que indica, justamente, a impossibilidade de qualquer definição unívoca para o que significa censura e fazer justiça.

As teorias retributivas da pena não devem ser rejeitadas mecanicamente por argumentos utilitaristas, mas devem sim ser analisadas em suas contradições internas e afastadas as justificações morais que sustentam o merecimento da punição. A crítica material, por outro lado, fulmina a premissa formal de igualdade que reside na base da filosofia idealista. A dimensão expressiva/comunicativa, porém, deve ser tomada a sério, sem que a aflitividade, elemento referente à imposição intencional de sofrimento a outrem, ao distanciamento e ao reforço da hostilidade e violência, seja vista como elemento necessário.

Este é o desafio. Ao invés da aflitividade, a dimensão comunicativa da censura deve abrir espaços de proatividade aos sujeitos vitimizados e criminalizados para que, muito diferente de confirmarem Hobbes e declararem guerra civil uns contra os outros, sejam desafiados a ressignificar o ocorrido e propor medidas criativas e simbólicas de reparação e “restauração”. Os termos são provisórios, as experiências são locais e sempre imperfeitas. De todo modo, no termo “restaurativa” e no movimento da “justiça restaurativa” é possível visualizar, no momento atual, o que há de mais concreto nesse sentido, o que o não exime de críticas e riscos.

Para que isso seja viável, a matriz teórica da criminologia crítica deve ir além da crítica ao poder punitivo reconduzido a uma função estatal, fortalecendo o resgate do interacionismo e a compreensão do conceito de controle social como a capacidade de regulação com a redução da coerção e da aflitividade ou, no léxico psicanalítico, como a possibilidade de reinserção da função de castração em uma sociedade que vem sendo, cada vez mais, caracterizada como individual e coletivamente “perversa”.

Um dos riscos centrais desse tipo de abertura é justamente sua cooptação pela epistemologia neoliberal que, no anseio pelo reforço do individualismo, pela desresponsabilização e enfraquecimento da instância estatal e pela gestão do Poder Judiciário em termos de custos e benefícios, maximizando o anseio por celeridade, acaba por produzir modalidades de censura diametralmente opostos à sua fundação na alteridade e na responsabilidade, “liberando” o discurso punitivo de quaisquer limites e intensificando sua aflitividade.

É evidente que assim não pode ser e que não deve ser tomada a sério qualquer proposta de institucionalização de práticas restaurativas que signifique a sua cooptação pelo sistema penal, descaracterizando-as como limite ao discurso punitivo. Não se opõe, porém, à possibilidade estratégica de sua convivência em paralelo, apostando na gradual e inevitável deslegitimação do sistema punitivo decorrente da compreensão, por todos, de que práticas de censura sem punir e sem destruir o outro *são possíveis*.

Trata-se, no fim das contas, de ancorar o discurso em outras metáforas, tais como hospitalidade, como fraternidade. Aprópria ambiguidade do termo *hospes-hostis* – hóspede ou inimigo? – estaria na base de um “direito fraterno”, liberto do código “amigo-inimigo” e da obsessão da ideia de neutralização de toda hostilidade e de toda diferença⁶⁸⁷. Para além dos mecanismos de inclusão e exclusão próprios da concepção moderna de cidadania e seus fundamentos político-filosóficos, estar-se-ia falando na aposta de um direito inclusivo e *não-violento*, conscientemente diferenciado, *por isto*, da guerra, e que assim deixa aberta a estrada à mediação: nas palavras de RESTA, “a minimização da violência leva a uma ideia de jurisdição mínima, não máxima. (...) uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que corre o risco da decepção, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas”⁶⁸⁸.

Um direito criminal cindido do penal, liberto da necessidade de imposição de sofrimento não significa, como referido, rejeitar os sistemas de imputação. A pena, assim, não é imprescindível à produção de censura, mas apenas uma das possibilidades, entre muitas, de sua formalização e materialização. Nesses termos, reduzir o debate à questão da adesão ou não ao “abolicionismo penal” conduz a mais equívocos que esclarecimentos, na medida em que se não põe de lado, em nenhum momento, a constatação agnóstica da presença da violência punitiva como inafastável fato de poder. Mas isso não significa aderir ao próprio direito penal, nos moldes conhecidos, como única opção de limite à violência punitiva, e sim construir outras modalidades de censura, ancoradas no resgate da alteridade e da responsabilidade, na participação ativa dos sujeitos vitimizados e criminalizados, atentas à importância da atuação sobre as dimensões horizontais que constituem o discurso punitivo.

⁶⁸⁷ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 127-131.

⁶⁸⁸ RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*, p. 133-134: “la minimizzazione della violenza porta ad un’idea di giurisdizione minima, non massima. (...) Si parla dunque di una proposta debole, infondata, che scommette senza imporre, che rischia ogni delusione, ma che vale la pena di coltivare: vive d’attese cognitive e non d’arroganze normative”.

Enfim, a proposta da redução do manejo institucional da violência e da afliktividade não implica necessariamente a participação exclusiva de seres humanos amáveis, cordiais ou “bons por decreto”, como é comum se sugerir ao se classificar propostas abolicionistas como próprias de ingênuos sonhadores. Bem ao contrário, na verdade, está-se tomando como ponto de partida a inevitabilidade dos conflitos e da violência interpessoal, deixando de lado a obsessão pela sua absoluta supressão.

Nem se advoga o fim do Estado ou mesmo sua retração com sentido eficientista: trata-se sim de compreender que a viabilização da participação ativa dos sujeitos diretamente envolvidos no conflito, no que tange às possibilidades de sua compreensão e discussão, demonstra que a censura é possível sem fazer sofrer, leva à redução da demanda pela pena, deslegitima o poder punitivo “desde baixo” e se constitui assim, como a peça inicial e central para a desconstrução possível do sistema penal.

No Brasil, em especial, onde o sistema penal é tão claramente instrumentalizado, de modo seletivo, para a gestão penal da pobreza, o fechamento desses espaços de participação se torna ainda mais perverso.

Nesse contexto, “poder falar” significa abrir oportunidades de autocrítica e emancipação. Trazer alteridade ao julgamento dos nossos pequenos traficantes e ladrões de ocasião, à ralé estrutural social e institucionalmente definida como fora do jogo do mercado e da vida, poderá e deverá propiciar a revisão de muitas premissas: paradoxalmente, poder-se-ia ter a viabilização, por meio do que ZIMBARDO denominou espaços de estímulo a atitudes altruísticas, de uma “banalidade do heroísmo”⁶⁸⁹, contrapondo-se à “banalidade do mal”, esta que afasta, justamente, toda responsabilidade. A sociedade brasileira se reconheceria, assim, em seus heróis do cotidiano, ora vitimizados, ora criminalizados, mas um de frente ao outro, com dignidade, sem monstros, apenas pessoas.

⁶⁸⁹ ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*, p. 485.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Tese (Doutorado), Porto Alegre: Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

_____. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969.

AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo. "Writing the history of law, crime and punishment in Latin America". AGUIRRE, Carlos; SALVATORE, Ricardo; JOSEPH, Gilbert (ed.). *Crime and Punishment in Latin America: Law and Society since Colonial Times*. London: Duke University Press, 2001, p. 1-32.

AJURIS-RS. *Justiça para o Século 21: instituinto práticas restaurativas*. Porto Alegre: Ajuris, 2008.

ALESSI, Giorgia. "La giustizia pubblica come 'risorsa': un tentativo di riflessione storiografica". LACCHÈ, Luigi; LATINI, Carlotta; MARCHETTI, Paolo; MECCARELLI, Massimo (ed.). *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*. Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2007, p. 213-234.

ALFIERI, Luigi. "Violenza, pena e ordine". BASCIU, Maurizio (org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica. Padova: Cedam, 1998, p. 309-334.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; TEIXEIRA, Alessandra; MARQUES DE JESUS, Maria Gorete; MATSUDA, Fernanda Emy; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana Domingos. "A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 86, set.out 2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 247-288.

ANDERSON, Jami. "Reciprocity as a justification for retributivism". *Ethics*, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997, p. 13-25.

ANTONUCCI, Daniela. "I teen courts e la giustizia riparativa". PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 167-179.

ASHWORTH, Andrew. "Responsibilities, rights and restorative justice". *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 578-595.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGÜELLO, Katie. “Do Estado Social ao Estado Penal: invertendo o discurso da ordem”. In: BITTAR, Walter (org.). *A Criminologia no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-144.

AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. “Conciliar ou punir? Dilemas do controle social na época contemporânea”. CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-79.

BARATTA, Alessandro. “Che cosa è la criminologia critica?”. *Dei delitti e delle Pene*, n. 1, 1991, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 53-81.

_____. “Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal”. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 2. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 44-61.

_____. “Filosofia e direito penal: notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, trad. André Giamberardino, n. 53, Curitiba: Ed. UFPR, 2011, p. 11-31.

_____. “Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell’uomo come oggetto e limite della legge penale”. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 3, 1985, Bari: Ed. Scientifiche Italiane, p. 443-473.

_____. “Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, Torino: Ed. Gruppo Abele, p. 137-150.

_____. “Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena”. *Dei delitti e dellepene*, v. 2, Bari: Ed. Scientifiche Italiane, 1985, p. 247-268.

BARNETT, Randy. “Restitution: a new paradigm of criminal justice”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 46-56.

BARRETO, Tobias. “Fundamento do direito de punir”. *Estudos de Direito*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 161-179.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, William José. “Resenha de ‘A perversão comum: viver juntos sem outro’”. *Caderno de Psicanálise – CPRJ*, n. 22, Rio de Janeiro: 2009, p. 221-226.

BATTISTIN, Raffaella. “La mediazione e i suoi attori: l’esperienza della Catalogna”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 27-61.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BEAN, Philippe. *Punishment: a philosophical and criminological inquiry*. Oxford: Martin Robertson, 1981.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini, Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1764].

BECKER, Howard. *Métodos de pesquisa em Ciências Sociais*. 4. ed. Trad. Marco Estevão e Renato Aguiar. São Paulo: Hucitec, 1999.

_____. *Segredos e truques da pesquisa*. Trad. Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1963.

BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul processo penale*, v. I. Milano: Giuffrè, 1952.

BENNETT, Christopher. *The Apology Ritual: a philosophical theory of punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *The rationale of punishment*. London: Prometheus Books, 2009 [1830].

BERGALLI, Roberto. “Controle social: suas origens conceituais e usos instrumentais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31-38.

_____. “De cuál derecho y de qué control social se habla?” In: *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona: M.J. Bosch, 1998, p. 17-33.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 33ª ed. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2011.

BERISTAIN, Antonio. *La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

BETTIOL, Giuseppe. “O mito da reeducação”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n. 6, Rio de Janeiro: 1964, p. 5-17.

BIANCHI, Herman. *Justice as Sanctuary: toward a new system of crime control*. Oregon: Wipf & Stock, 1994.

BLUMER, Herbert. *Symbolic interactionism: perspective and method*. New Jersey: Prentice-Hall, 1969.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. 3. ed., Brasília: Ed.Unb, 1995.

BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo. “A justa medida da pena. Prefácio”. In: SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo; ALMENDRA, Dinaldo. “O medo, a mídia e a violência urbana – A pedagogia política da segurança pública no Paraná”. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 6, n. 2, São Paulo, 2012, p. 266-281.

BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo; BERLATTO, Fábila. “Controle social”[verbete].Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/sociologiapolitica>. Acesso em: 20/05/2013.

BONAFÈ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.

_____. “Penal and Community Mediation: the case of France”. MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial: International Research Perspectives*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p. 179-195.

BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição penal e normalização*. Florianópolis: Conceito, 2010.

_____. “Um outro olhar para além dos sistemas processuais penais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 104, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 104-147.

BOUCHARD, Marco. “Mediazione: dalla repression allarielaborazione del conflitto”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 2, 1992, Torino:Ed. Gruppo Abele, p. 191-202.

BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. *Offesa e riparazione: per una nuova giustizia attraverso la mediazione*. Milano: Bruno Mondatori, 2005.

BOURDIEU, Pierre (org.). *Actes de la recherche en sciences sociales: de l'État Social à l'État Pénal*, n. 124, 1998, Paris: SEUIL (trad. *Revista Discursos Sediciosos*, n. 11, Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2002).

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*.Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. “Setting Standards for Restorative Justice”. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 563-577.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BRANCHER, Leoberto. “Justiça restaurativa, democracia e comunidade”. In: *Justiça juvenil restaurativa em comunidade: uma experiência possível*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 45-54.

BRANDARIZ GARCIA, Jose Angel. *La politica criminal de la exclusion*. Granada: Comares, 2007.

BRASIL. *Manual de Aplicação das Penas e Medidas Alternativas: Prestação de Serviços à Comunidade – Sanção Educativa e Socialmente Útil*. Brasília: DEPEN/MJ, 2000.

BRICOLA, Franco. “Teoria generale del reato”. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV. Torino: Utet, 1973, p. 7-93.

BRUNELLI, Federica. “La mediazione nel sistema penale minorile e l’esperienza dell’ufficio di Milano”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 63-80.

BÜLOW, Oscar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1964 [1868].

BURGESS, Anthony. *Laranja mecânica*. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2004.

BURGH, Richard. “Do the guilty deserve punishment?”. *The Journal of Philosophy*, v. 79, n. 4, 1982, p. 193-210.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAEIRO, Pedro. “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”. *Legalidade versus Oportunidade*. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002, p. 45-61.

CALAMANDREI, Pietro. “Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti (lite e giurisdizione)”. *Rivista di diritto processuale civile*, vol. V, 1928, Padova: Cedam, p. 3-22.

CALDEIRA, Teresa. *Cidade de Muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. Usp, 2000.

CALDEIRA, Teresa; HOLSTON, James. "Democracy and Violence in Brazil". *Comparative studies in society and history*, 41, 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 691-729.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, v. I, Padova: Cedam, 1926.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CICOUREL, Aaron. "Delinquency and the attribution of responsibility". SCOTT, Robert; DOUGLAS, Jack (ed.). *Theoretical perspectives on deviance*. New York: Basic Books, 1972, p. 142-157.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

CHAMBLISS, William. "Functional and Conflict Theories of Crime: the heritage of Emile Durkheim and Karl Marx". In: CHAMBLISS, William; MANKOFF, Milton (ed.). *Whose Law, What Order?* New York: John Wiley Sons Inc., 1976, p. 1-29.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II. 2°. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

CHRISTIE, Nils. *A suitable amount of crime*. New York: Routledge, 2004.

_____. "Conflict as Property". *British Journal of Criminology*, v. 17(1), 1977, p. 1-15.

_____. “Restorative Justice: Five dangers ahead”. KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (org.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice*. Boca Raton, FL: CRC Press, 2009, p. 195-203.

CLARKE, Dean. “Justifications for punishment”. *Contemporary Crises*, 6:1, 1982, p. 25-57.

COHEN, Stanley. “Western Crime Control Models in the Third World: Benign or Malignant?” *Research in Law, Deviance and Social Control*, 4. New York: Jai Press, 1982, p. 85-119.

_____. *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press, 1985.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.

_____. *Procedura Penale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico (da Hobbes a Bentham)*. Milano: Giuffrè, 1974.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. “A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial”. *Revista de Processo*, v. 70, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 49-58.

_____. “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 39-77.

_____. “Neoliberalismo e Sistema Punitivo”. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). *Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-13.

_____. “O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos)”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz (org.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137-150.

_____. “O papel do novo juiz no processo penal”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-55.

_____. “O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 31, 1999, Curitiba: Editora da UFPR, p. 37-49.

_____. “Manifesto contra os juizados especiais criminais”. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. “PENA (verbete)”. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 625-629.

CRAWFORD, Adam; NEWBURN, Tim. "Recent developments in restorative justice for young people in England and Wales". *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 476-495.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DALY, Kathleen. "More words on words". *Restorative Justice: an international journal*, v. 1(1), Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 23-30.

_____. "Restorative justice: the real story". JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 363-381.

_____. "The Limits of Restorative Justice". SULLIVAN, D.; TIFFT, L. (org.). *Handbook of Restorative Justice: a Global Perspective*. New York: Routledge, 2006.

DALY, Kathleen; STUBBS, Julie. "Feminist engagement with restorative justice". *Theoretical criminology*, 10 (1), 2006, p. 9-28

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. "The struggle against crime". ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 197-203.

DERRIDA, Jacques. "Force de loi: le fondement mystique de l'autorité". *Cardoso Law Review*, vol.11, jul.ago. 1990, n. 5-6, pp. 919-1045.

_____. *On cosmopolitanism and forgiveness*. London: Routledge, 2001.

_____. *Le Siècle et le Pardon*. In: *Foi et Savoir*. Paris: Éditions du Seil, 2000.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIGNAN, James. *Understanding victims and restorative justice*. Maidenhead: Open University Press, 2005.

DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive alla detenzione breve nella esperienza europea*. Milano: Giuffrè, 1989.

DOLINKO, David. "Some thoughts about retributivism". *Ethics*, v. 101, n. 3, The University of Chicago Press: 1991, p. 537-559.

DORNELLES DE SOUZA, Guilherme Augusto. "Será que acaba em samba? Reflexões sobre possíveis implicações da cultura jurídica brasileira para a implementação da justiça restaurativa no Brasil". *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 4, n. 3, 2011, p. 467-500.

DUFF, R. Anthony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. “Restorative punishment and punitive restoration”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 382-397.

DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. Brasília: Martins Fontes, 1999 [1830].

_____. *As regras do método sociológico*. 17ª ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2002.

_____. “Deux lois de l’évolution pénale”. *Année Sociologique*, vol. IV, 1899-1900, p. 65-95.

EGLASH, Albert. “Creative Restitution: A broader meaning for an old term”. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 48, 1957-1958, p. 619-622.

ESER, Albin. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”. *Quadernos de conferencias y articulos*, v. 18, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1998.

EUSEBI, Luciano. “Dibattiti sulle teorie della pena e ‘mediazione’”. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, f. 3, Milano: Giuffrè, 1997, p. 811-837.

EWING, Alfred Cyril. *The morality of punishment*. New Jersey: Patterson Smith, 1970 [1929].

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Trad. Juarez Tavares e Frederico Figueiredo. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

FAGET, Jacques. *La médiation: Essai de politique pénale*. Ramonville Saint-Agne: Érès, 1997.

FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *Monist*, 49:3, 1965, p. 397-423.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. “Discussione”. BASCIU, Maurizio (org.). *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica. Padova: Cedam, 1998, p. 375-376.

FERRI, Enrico. “La visione positivista della giustizia penale: il principio della responsabilità legale”. *La Scuola Positiva*, vol. IV, Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1924.

FEUERBACH, Paul Anselm V. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FIONDA, Julia. *Public Prosecutors and Discretion: a Comparative Study*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

FLETCHER, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

_____. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 8.ed. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense, 2013 [1969].

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Trad. Roberto Machado, Eduardo Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003 [1973].

_____. *Vigiar e punir*. 25^a ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002 [1975].

GABBAY, Zvi D. “Justifying Restorative Justice: a theoretical justification for the use of restorative justice practices”. *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, Columbia: University of Missouri, 2005, p. 349-397.

GALAIN PALERMO, Pablo. “Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 91, jul.ago. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 161-197.

_____. “Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal”. *Que futuro para o direito penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 613-643.

GARCIA MENDEZ, Emilio. “Criminologia critica e controllo sociale in America”. *Dei delitti e delle pene*, n. 3. Bari: De Donato, 1983, p. 471-496.

GARFINKEL, Harold. “Conditions of successful degradation ceremonies”. *American Journal of Sociology*, vol. 61, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1956, p. 420-424.

GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

GARLAND, David. *Punishment and modern society: a study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____. “The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society”. *British Journal of Criminology*, vol. 26, n. 4, 1996, p. 443-471.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936.

GOULDNER, Alvin W. "The sociologist as a partisan: sociology and welfare state". *The American Sociologist*, vol. 3, n. 2, 1968, p. 103-116.

GRECO, Luís. "A Ilha de Kant". GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

GROTIUS, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz*. Vol 1. Ijuí/RS: Editora Unijuí, 2004. [1625].

GÜNTHER, Klaus. "Crítica da Pena – I". *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, jul.dez. 2006, p. 187-204.

_____. "Crítica da Pena – II". *Revista Direito GV* 5, v. 3, n. 1, jan.jun.2007, p. 137-150.

GURVITCH, George. "El control social". In: *Sociología del Siglo XX*, T. I, 2. ed. Trad. Constantino Dimitriu. Barcelona: El Ateneo, 1970.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HARCOURT, Bernard. *The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

HART, Herbert Lionel. "Prolegomenon to the Principles of Punishment". *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1-27.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. 2ª ed. Trad. Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

_____. "Prevención general y aplicación de la pena". NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 45-82.

HAYEK, Friedrich A. Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Maria Luísa Borges. 3 v. São Paulo: Visão, 1985.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1820].

HENDLER, Edmundo. *Las raícesarcaicasdelDerecho Penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2009.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Européia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HILLYARD, Paddy; PANTAZIS, Christina; TOMBS, Steve; GORDON, Dave (ed.). *Beyond Criminology: Taking harm seriously*. London: Pluto Press, 2004.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1988.

HIRSCHI, Travis. "Una teoría del control de la delincuencia". *Capítulo Criminológico*, v. 31, n. 4, Maracaibo: 2003, p. 5-31.

HIRST, Paul. "The concept of punishment". DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 264-280.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Great Britain: Penguin Books, 1968 [1651].

HOLSTON, James. *Cidadania inusgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. Trad. Cláudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOUGH, Michael. "People talking about punishment". *The Howard Journal*, v.35, n.3, 1996, p. 191-214.

HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. "Victims, victimization and criminal justice". MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (org.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 4.ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 461-495.

HUDSON, Barbara. "Restorative justice and gendered violence: diversion or effective justice?". *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002, p. 616-634.

_____. "Restorative justice: the challenge of sexual and racial violence". JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 438-450.

HUGGINS, Martha. *From slavery to vagrancy: crime and social control in the third world*. New Jersey: Rutgers University Press, 1985.

HULSMAN, Louk. "Alternativas à Justiça Criminal". PASSETTI, Edson (coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. São Paulo/Rio de Janeiro: Nu-Sol/Revan, 2004.

_____. "Critical criminology and the concept of crime". *Contemporary crises*, 10:1. Netherlands: Martinus N., 1986, p. 63-80.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. III (arts. 75 a 101). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959 [1948].

HÜNING, Dieter. "Hobbes on the right to punish". SPRINGBORG, Patricia (ed.). *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 217-240.

ILANUD/BRASIL. *Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa: relatório final*. São Paulo: ILANUD, 2006. Disponível em: <http://erc.undp.org>.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado e finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Madrid: Cuadernos Civitas, 2006.

_____. *Sobre la teoría de la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. São Paulo: Cultrix, 2005.

JANOWITZ, Morris. "Sociological theory and social control". *American Journal of Sociology*, vol. 81, n. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1975, p. 82-108.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JESUS, Damasio de. "Justiça Restaurativa no Brasil". *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 21, Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. "The meaning of restorative justice". JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, Devon, UK: Willan, 2006, p. 5-23.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003 [1797].

KANT DE LIMA, Roberto. "A administração dos conflitos no Brasil: a lógica da punição". VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (org.). *Cidadania e Violência*. Rio de Janeiro: UFRJ/FGV, 1996, p. 165-177

_____. "Estado mínimo, desde que com Repressão Máxima?" KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel (coord.). *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 223-232.

_____. "Prevenção e responsabilidade ou punição e culpa? Uma discussão sobre alguns reflexos da ambiguidade de nossos modelos de controle social e produção da verdade na burocracia oficial brasileira". KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel (coord.). *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 261-289.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KING, Rachel. *Don't kill in our names: families of murder victims speak out against the death penalty*. New Jersey: Rutgers University Press, 2003.

KLEINIG, John. *Punishment and Desert*. MartinusNijhoff, NH: The Hague, 1973.

KOZICKI, Katya. “A política na perspectiva da filosofia da diferença”. OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 141-160.

LACEY, Nicola. *State Punishment: political principles and community values*. London: Routledge, 1988.

LEA, John; YOUNG, Jock. *What is to be done about law and order?* London: Penguin Books, 1984.

LEBRUN, Jean-Pierre. *A perversão comum: viver juntos sem outro*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

LEMERT, Edwin. “Beyond Mead: the societal reaction to deviance”. *Social Problems*, vol. 21, n. 1, 1973, p. 457-468.

_____. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.

LE MOS, Ramon. “A defence of retributivism”. *Southern Journal of Philosophy*, 15:1, 1997, p. 53-65.

LENOIR, Rémi. “Objet sociologique et probleme social”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*. 2.ed. Paris: Dunod, 1999, p. 51-100.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1954.

LISPECTOR, Clarice. *A maçã no escuro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999 [1974].

LONDON, Ross. *Crime, punishment and restorative justice: from the margins to the mainstream*. Boulder: First Forum Press, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MABBOTT, John David. “Punishment”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 39-52.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal argentino (DPPa)*. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003.

MARCELLINO Jr., Julio. *Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 17-38.

MARSHALL, Tony. “Restorative justice: an overview”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 28-45.

MARX, Karl. “On Capital Punishment”. *New-York Daily Tribune, London, Fev. 1853*. Disponível

em: <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1853/02/18.htm>. Acesso em 20/04/2013.

MAYBY, Rob; WALKLATE, Sandra. *Critical Victimology*. London: Sage, 1994.

McCOLD, Paul. “Primary Restorative Justice Practices”. MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle (ed.). *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 41-58.

MEAD, George H. “The Psychology of Punitive Justice”. *The American Journal of Sociology*, vol. XXIII, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1918, p. 577-602.

MELOSSI, Dario. *Controlling crime, controlling society: thinking about crime in Europe and America*. Cambridge: Polity Press, 2008.

_____. “Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory”. *Criminology*, v. 23, n. 2, 1985, p. 193-208.

_____. *The State of Social Control*. Cambridge: Polity Press, 1990.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006 [1977].

MENNINGER, Karl. “Therapy, not punishment”. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, p. 47-55.

MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe (ed.). *Restorative Justice on Trial: International Research Perspectives*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

MERLLIÉ, Dominique. “La construction statistique”. CHAMPAGNE, Patrick; LENOIR, Rémi; MERLLIÉ, Dominique; PINTO, Louis. *Initiation à la pratique sociologique*. 2.ed. Paris: Dunod, 1999, p. 101-163.

MILETTI, Marco Nicola *et al.* “Il principio di obbligatorietà dell’azione penale oggi: confini e prospettive: premessa storica”. *Criminalia: annuario di scienze penalistiche*. Pisa: Edizioni Ets, 2010, p. 304-327.

MILLER, Susan. *After the crime: the power of restorative justice dialogues between victims and violent offenders*. New York: New York University Press, 2011.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MISSE, Michel. “Sobre uma sociabilidade violenta”. In: *Crime e violência no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 251-267.

MORRIS, Allisson. “Critizando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 439-464.

_____. “Revisiting reintegrative shaming”. *Criminology Aotearoa*, n. 16, Victoria: Institute of Criminology/Victoria University of Wellington/New Zealand, 2001, p. 10-12.

MORRIS, Allisson; MAXWELL, Gabrielle. “Family Group Conferences and Reoffending”. _____ (ed.). *Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles*. Oxford: Hart Publishing, 2001, 243-263.

_____. “Restorative justice in New Zealand: family group conferences as a case study”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 201-211.

MORRIS, Herbert. “Persons and Punishment”. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (org.). *Philosophy of Punishment*. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, p. 67-82.

MOSCONI, Giuseppe. “La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 3-26.

_____. “La pena e la crisi”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, Torino: Ed. Gruppo Abele, p. 59-81.

MUNDLE, C. W. K. “Punishment and Desert”. ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 65-82.

MURPHY, Jeffrie. “Marxism and Retribution”. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, 1973, p. 217-243.

_____. “Retributivism, Moral Education and the Liberal State”. *Ethics*, 4:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1985, p. 3-11.

_____. “What do haters deserve?”. *Criminal Justice Ethics*, v. 11, Institute for Criminal Justice Ethics: 1992, p. 20-23.

NOBILI, Massimo. “Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale”. CONSO, Giovanni (org.). *Pubblico Ministero e Accusa Penale: problemi e prospettive di riforma*. Milano: Zanichelli, 1979, p. 89-141.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011 [1974].

O’DONNEL, Guillermo. “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina”. *Novos Estudos Cebrap*, n. 51. Trad. Otacílio Nunes. São Paulo: Cebrap, 1998, p. 37-61.

O’MALLEY, Pat. *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Trad. Augusto Montero. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2006.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. “Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça”. *Responsabilidades*, v. 2, n. 2, Belo Horizonte, 2013, p. 305-324.

PAGANELLA BOSCHI, José Antônio. *Ação Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. *Introduction to the science of sociology*. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press., 1969 [1921].

PARKER, Lynette. “The use of restorative practices in Latin America”. *Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices*. Paper online. Minneapolis, 2002. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/parker-lynette.-the-use-of-restorative-practices-in-latin-america> . Acessado em 04/08/2013.

PARSONS, Talcott. *The Social System*. New York: The Free Press, 1951.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 6.ed. México: Siglo Veintiuno, 1998.

_____. “Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile”. PICOTTI, Lorenzo. (org.). *La mediazione nel sistema penale minorile*. Padova: Cedam, 1998, p. 7-18.

_____. “Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano”. *Cassazione penale*, n. 2. Milano: Giuffrè, 2009, p. 805-820.

_____. “La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad”. *Capítulo Criminológico*, n. 21, Maracaibo: Universidad del Zulia, 1993, p. 29-41.

_____. *La criminologia*. Firenze: Le Monnier, 1980.

_____. *Lo scambio penitenziario: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. 2.ed. Bologna: Martina, 1996.

_____. “Per un diritto penale minimo: ‘in the books’ o ‘in the facts’? Discutendo con Luigi Ferrajoli”. *Dei Delitti e Delle Pene*, n. 3, 1998, Bari: Edizione Scientifiche Italiane, p. 125-156.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PAVLICH, George. “Deconstructing restoration: the promise of restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 451-460.

PEACHEY, Dean. “The Kitchener experiment”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 178-186.

PERRIER, Camille. *Criminelset victims: quelle place pour la réconciliation?* Charmey: L’Hèbe, 2011.

PINCOFFS, Edmund. “Are questions of desert decidable?”. CEDERBLOM, J.B.; BLIZEK, William (ed.). *Justice and Punishment*. Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1977, p. 75-88.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. “A construção da justiça restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de justiça criminal”. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 1-21.

PIRES, Alvaro. “Kant face à la justice criminelle”. PIRES, Alvaro; DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel (org.). *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II: La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*. Montreal: Les Presses de l’Université d’Ottawa, 1998, p. 145-205 [Disponível em versão digital: <http://classiques.uqac.ca>; p. 1-78].

PIRSIG, Robert. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas*. 13ª ed. Trad. Celina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

PITCH, Tamar. *La società della prevenzione*. Roma: Carocci Editore, 2008.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.

PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRIMORATZ, Igor. *Justifying legal punishment*. New Jersey: Humanities Press, 1989.

PRUDENTE, Neemias Moretti. *Justiça restaurativa: marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos*. Maringá: Bookess, 2013.

QUINTON, Anthony. "On Punishment". ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 55-64.

RAWLS, John. "Two concepts of rules". ACTON, Harry Burrows. (ed.). *The Philosophy of Punishment*. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 105-114.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Bari: Laterza, 2002.

_____. *La certezza e la speranza: Saggio su diritto e violenza*. Bari: Laterza, 1992.

_____. "Teorie della giustizia riparativa". *Rassegna Penitenziaria e Criminologica*, n. 3, Roma; Funzione Editoria, 2002, p. 179-186.

RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCCO, Arturo. "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale". *Opere Giuridiche*, vol. 3. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1933, p. 263-323.

ROCHE, Declan. *Accountability and Restorative Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROEHRIG, Lidiane Doetzer et al. *Caderno de psicologia jurídica*. Curitiba: Conselho Regional de Psicologia do Paraná / Unificado, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. "Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades". *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, v. 9, n. 50, Porto Alegre: 2008, p. 205-213.

ROSS, Edward. *Social Control: a survey of the foundations of order*. New York: Johnson Reprint, 1901.

ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". MAIER, Julio (coord.). *Dos delitos e de las victimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 130-156.

_____. "Sentido e Limites da Pena Estatal". *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 15-47.

RUBIANES, Carlos. *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I. Buenos Aires: Depalma, 1978.

RUGGIERO, Vincenzo. *Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista*. Torino: Abbele, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. [1939]

SALAS, Denis. *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*. Paris: Hachette Littératures, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. 27. ed. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SBRICCOLI, Mario. *Crimen Laesae Maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. “Giustizia Criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 3-44.

_____. “L’inquisizione come apparato giuridico nella storia della giustizia criminale”. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia*. Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 131-154..

SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. “L’ascolto delle vittime nella mediazione penale”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 99-110.

SCHWENDINGER, Julia; SCHWENDINGER, Herman. “Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos?”. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (org.). *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 135-176.

SHAPLAND, Joanna. “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 195-217.

SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. London: The Smith Institute, 2007.

SHIBUTANI, Tamotsu. “On the personification of adversaries”. SHIBUTANI, Tamotsu (ed.). *Human nature and collective behavior: papers in honor of Herbert Blumer*. New Jersey: Prentice-Hall, 1970, p. 223-233.

SICA, Leonardo. “Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 12, Belo Horizonte: 2009, p. 411-447.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2 ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SMITH, Brenda. “Battering, forgiveness and redemption: alternative models for addressing domestic violence in communities of color”. SOKOLOFF, Natalie (ed.). *Domestic Violence at the Margins: readings on race, class, gender and culture*. London: Rutgers University Press, 2010, p. 321-339.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 21, Lisboa, 1983, p. 11-44.

_____. *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. “Fundamentos ético-filosóficos do encontro res(ins)taurativo”. In: *Justiça juvenil restaurativa em comunidade: uma experiência possível*. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 75-84.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

STRATENWERTH, Günther. *Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

STUART MILL, John. *Utilitarianism*. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2001 [1861].

SUMNER, Colin. “Censura, cultura e punizione”. *Dei Delitti e Delle Pene*, v. 3, 1994, Torino: Ed. Gruppo Abele, p. 127-136.

_____. *Censure, Politics and Criminal Justice*. Milton Keynes, Open University Press, 1990.

_____. “Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology”. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). *Social Control and Political Order: European Perspectives at the end of the century*. London: Sage, 1997, p. 1-33.

SYKES, Gresham; MATZA, David. “Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia”. Trad. María Florencia Vaquero. *Delito y Sociedad*, n. 20, Buenos Aires: 2004, p. 127-136.

TAVARES, Juarez. “A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático”. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). *Estudos Críticos sobre o Sistema Penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 867-885.

_____. “Critérios de seleção de crimes e cominação de penas”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 0, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75-87.

_____. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

TONRY, Michael. “Introduction. Thinking about punishment”. TONRY, Michael (ed.). *Why Punish? How much? A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 3-28.

TYLER, Tom; BRAGA, Anthony; FAGAN, Jeffrey; MEARES, Tracey; SAMPSON, Robert; WINSHIP, Chris. “Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives”. TYLER, Tom (ed.). *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*. New York: Russel Sage Foundation, 2007, p. 9-29.

VAN NESS, Daniel. “Creating restorative systems”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 270-279.

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen H. *Restoring Justice: an introduction to Restorative Justice*. 4ª ed. Cincinnati, OH: Matthew Bender Co., 2010.

VECA, Salvatore. *La filosofia politica*. Bari: Laterza, 2010.

VERA JARDIM, Maria Amélia. *Trabalho a favor da comunidade: a punição em mudança*. Coimbra: Almedina, 1988.

VIANELLO, Francesca. *Diritto e Mediazione. Per riconoscere la complessità*. Milano: Franco Angeli, 2004.

_____. “Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione”. PISAPIA, Gianvittorio (org.). *Prassi e teoria della mediazione*. Padova: Cedam, 2000, p. 129-149.

VON HENTIG, Hans. *The Criminal and his Victim*. New Haven Conn: Yale University Press, 1948.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (org.). *Principled Sentencing: readings on theory and policy*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

VON LISZT, Franz. *A Ideia do Fim no Direito Penal*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Rideel, 2005.

_____. *Tratado de Derecho Penal*, T.I e II. 4ª ed. Trad. Luis Jimenez de Asua. Madrid: Editorial Reus, 1999.

WACH, Adolph. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1977 [1885].

WACHTEL, Ted. “Defining Restorative”. *International Institute for Restorative Practices*, 2013, p. 1-12. Disponível em: <http://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative.pdf>. Acessado em: 30/04/2013.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Urban outcasts: a comparative sociology of advanced marginality*. Cambridge: Polity Press, 2008.

WALGRAVE, Lode. “Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). *Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 61-78.

_____. “Integrating criminal justice and restorative justice”. JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (org.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, Devon, UK: Willan, 2006, p. 559-579.

_____. “Restorative justice for juveniles: just a technique or a fully fledged alternative?”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 255-269.

WALKER, Nigel. *Punishment, danger and stigma: the morality of criminal justice*. Oxford: Basil Blackwell, 1980.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Vol. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Vol. I e II. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 3. ed. Trad. Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 2004.

WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009.

WRIGHT, Martin. “Justice without lawyers: enabling people to resolve their conflicts”. JOHNSTONE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 187-200.

WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (org.). *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

YANTZI, Mark. *Sexual offending and restoration*. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “L’idea di giustizia e l’esperienza dell’ingiustizia”. MARTINI, Carlo Maria; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *La domanda di giustizia*. Torino: Giulio Einaudi, 2003, p. 3-50.

_____. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde una margen*. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. “La rinascita del diritto penale liberale o la Croce Rossa giudiziaria”. GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 383-395.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer Effect: how good people turn evil*. London: Rider, 2009.

ZIMMERMAN, Michael. *The immorality of punishment*. Toronto: Broadview Press, 2011.

ANEXO I

ESTUDOS PSICOSSOCIAIS

2ª VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CURITIBA

2007-2012

NÚMERO DE CONTROLE	AUTOS DE PROCESSO CRIMINAL
1.	2002.2729-8
2.	2000.0001225-4
3.	2010.0020901-6
4.	1995.0005680-1
5.	2006.0005324-5
6.	1997.0000754-5
7.	2009.0006283-8
8.	2009.0012017-0
9.	2009.0000615-6
10.	2002.0009486-6
11.	1998.988-4
12.	2006.0010590-3
13.	2009.0018220-5
14.	2003.1145-9
15.	2008.0010914-7
16.	1989.0056804-0
17.	2002.0005482-1
18.	2007.0011609-5
19.	1999.0005994-8
20.	2000.0005598-0
21.	2004.0000074-1
22.	1992.0008797-1
23.	2010.0006802-1
24.	2006.0014168-3
25.	1989.0040192-7
26.	2005.0002399-9
27.	2007.0012081-5
28.	2002.0011480-8
29.	2004.0008430-9
30.	2005.0012484-1
31.	2007.0012679-1
32.	2007.0006654-3
33.	2008.0001894-0
34.	2009.0005898-9
35.	2003.0001086-9
36.	2001.0000263-3
37.	2006.0006735-1
38.	2007.0007068-0
39.	2001.0000988-3
40.	2007.0017554-7
41.	2008.0002019-7
42.	2005.0012271-7
43.	2009.1180-0
44.	1990.0019870-6
45.	1992.0083031-3
46.	2002.000533-2
47.	2006.0000929-7
48.	2000.0008289-9

49.	20100008522-8
50.	1999.0007036-4
51.	2001.0009846-0
52.	2009.0002903-2
53.	2004.0009199-2
54.	2008.0013619-5
55.	2002.0005434-1
56.	2008.0015295-6
57.	2008.0002043-0
58.	2010.0000802-9
59.	2010.0009163-5
60.	2000.0011255-0
61.	2007.0010557-3
62.	2008.0004892-0
63.	1994.0006433-0
64.	2003.0013242-5
65.	2007.0012035-1
66.	2005.0008224-3
67.	2006.0006076-4
68.	1993.0006612-9
69.	2010.0007580-0
70.	1990.0016809-2
71.	1996.0006511-0
72.	1994.0004118-7
73.	2003.0012404-0
74.	2005.0012320-9
75.	2002.277-5
76.	1991.0040280-0
77.	2008.0005839-9
78.	2003.0006854-9
79.	2001.0002764-4
80.	1990.0040291-5
81.	2006.0001918-7
82.	2007.0006463-0
83.	2007.0004092-7
84.	2009.0010250-3
85.	2008.0010784-5
86.	2009.0008392-4
87.	2007.0009401-6
88.	2002.774-2
89.	2008.0001122-8
90.	2008.0001199-6
91.	1997.0003951-0
92.	2005.0005103-8
93.	2006.0005865-4
94.	2007.0012124-2
95.	2000.0009956-2
96.	2002.0008905-6
97.	2000.0010875-8
98.	2007.0014513-3
99.	2001.0009495-3
100.	1994.0003376-1
101.	1998.4521-0
102.	2009.0012609-7
103.	2009.0000601-6
104.	2006.0007035-2
105.	2002.0007099-1
106.	2001.10759-1

107.	2001.0007203-8
108.	2006.0009749-8
109.	2010.0018233-9
110.	2009.0014849-0
111.	2007.0001885-9
112.	2006.0012158-5
113.	2008.0006681-2
114.	2006.0011009-5
115.	2006.0011557-7
116.	2000.0010310-1
117.	1994.0004470-4
118.	1995.0001882-9
119.	2009.0016379-0
120.	2007.0005589-4
121.	2009.0018586-7
122.	2009.0005972-1
123.	1999.0002736-1
124.	2004.0012261-8
125.	2005.0004949-1
126.	2008.0011906-1
127.	1989.0057948-3
128.	2009.0001082-0
129.	2007.0005478-2
130.	2006.0008711-5
131.	2008.0017759-2
132.	2000.0006161-1
133.	2001.0003689-9
134.	2007.0001917-0
135.	2006.0002824-0
136.	2000.0006248-0
137.	2008.0003980-7
138.	2008.0014958-0
139.	2007.0006517-2
140.	2007.0003431-5
141.	2006.0005847-6
142.	2006.0009475-8
143.	1997.0001249-2
144.	1993.0005258-6
145.	1993.0004165-7
146.	2003.0013392-8
147.	1996.0000984-8
148.	1993.0006711-7
149.	2010.0005931-6
150.	2005.0000072-7
151.	1998.0007944-0
152.	2006.7194-4
153.	2008.0009887-0
154.	2005.0003160-6
155.	2007.0017553-9
156.	2006.000643-3
157.	1997.0005822-0
158.	1998.0008948-9
159.	2005.0007494-1
160.	1999.0000838-3
161.	1996.0002207-0
162.	2009.186740-
163.	2004.0009628-5
164.	2002.0000657-6

165.	2008.0018406-8
166.	2008.0014859-2
167.	1996.0003048-0
168.	2003.0008620-2
169.	2011.0011251-0
170.	2005.0007685-5
171.	1994.0000863-5
172.	2009.0010493-0
173.	2010.0007976-7
174.	1995.0003006-3
175.	Não consta.
176.	2007.0011369-0
177.	1990.0003137-2
178.	2006.0011266-7
179.	2004.0007312-9
180.	2008.0019167-9
181.	2009.0014834-1
182.	2009.0015829-0
183.	1995.0007821-0
184.	2009.0014533-4
185.	2000.0004954-9
186.	2007.0015210-5
187.	2005.12456-6
188.	2004.0005299-7
189.	2006.0010445-1
190.	1999.0002636-5
191.	2008.0011188-5
192.	2002.0007715-5
193.	2007.0000123-9
194.	1996.0002200-3
195.	2005.0005982-9
196.	2000.0004559-4
197.	2005.0004099-0
198.	2001.0004194-9
199.	1998.0006445-1
200.	2005.0005189-5
201.	2008.0018241-3
202.	1994.0000754-0
203.	2002.0008530-1
204.	2005.0007827-0
205.	2005.0005638-2
206.	2010.0016619-8
207.	2004.0009426-0
208.	2000.0001459-1
209.	2007.0015490-6
210.	2010.24520-9
211.	2007.0008669-2
212.	2009.0010832-3
213.	2007.0015022-6
214.	2008.0008216-8
215.	2009.0013625-4
216.	1999.4787-7
217.	1994.0000698-5
218.	2009.21590-1
219.	1998.0004687-9
220.	2004.0000998-6
221.	2009.0016430-4
222.	2007.0003945-7

223.	2010.0015820-9
224.	2001.0005857-4
225.	2009.15164-4
226.	2008.0006474-7
227.	2005.0000529-0
228.	2003.0002081-3
229.	2004.0011795-9
230.	1997.0004980-9
231.	0011787-83.2011.8.16.0013
232.	2005.0010958-3
233.	2010.0018473-0
234.	1993.0001706-3
235.	2009.0004777-4
236.	0015166-47.2006.8.16.0000
237.	1992.0056807-4
238.	2009.0011968-6
239.	1997.0002989-1
240.	2003.0011843-0
241.	2009.0009397-0
242.	1992.0000710-4
243.	2004.0011061-0
244.	2004.0011211-6
245.	2002.0008494-1
246.	2007.0002318-6
247.	2009.021088-8
248.	1995.2509-4
249.	2012.0013662-4
250.	2007.0008173-9
251.	2008.0001200-3
252.	1995.0000804-1
253.	2000.0001121-5
254.	1999.0000415-9
255.	2010.0007102-2
256.	1993.0001475-7
257.	2004.0000574-3
258.	2004.0003165-5
259.	2007.0013835-8
260.	2004.0007630-6
261.	2007.0005994-6
262.	1996.0000959-7
263.	1994.000652-0
264.	1994.0001247-0
265.	2010.0006981-8
266.	1999.0006297-3
267.	2004.0010099-1
268.	0000.0043722-0
269.	2002.4854-6
270.	2009.0020797-6
271.	2001.0007942-3
272.	2008.0008589-2
273.	1996.0001617-8
274.	1991.19841-2
275.	2004.0007546-6
276.	2004.0007546-6
277.	2006.0005181-1
278.	2010.0002431-8
279.	2007.0013483-2
280.	2005.0012796-4

281.	2002.0002223-7
282.	2007.0012591-4
283.	2008.0013768-0
284.	2008.0002736-1
285.	2001.0003333-4
286.	2003.0001623-9
287.	1997.0002576-4
288.	2004.0008429-5
289.	2006.0006414-0
290.	2010.0023691-9
291.	2010.0008971-1
292.	2002.0009526-9
293.	1999.0003946-7
294.	2003.0009653-4
295.	2005.0011031-0
296.	2006.0012480-0
297.	2006.0011972-6
298.	2004.0003547-2
299.	2008.0001514-2
300.	2005.0001076-5
301.	2009.0002915-6
302.	2009.0017515-2
303.	2008.0008900-6
304.	2008.0003055-9
305.	2007.0000479-3
306.	2004.0011994-3
307.	2003.0009300-4
308.	2006.0004855-1
309.	2001.0011057-6
310.	2006.0005687-2
311.	1995.0003392-5
312.	1993.0005391-4
313.	2005.0001353-5
314.	2007.0012617-1
315.	1998.0007419-8
316.	2000.0000547-9
317.	2008.0016676-0
318.	1999.0005587-0
319.	1996.0002638-6
320.	2000.0007210-9
321.	2008.0006975-7
322.	2009.0001228-8
323.	2009.0018556-5
324.	2007.0006222-0
325.	2006.0004050-0
326.	1987.0040071-8
327.	2003.0010684-0
328.	1994.0000071-5
329.	2004.0002782-8
330.	2006.0013620-5
331.	2007.0011573-0
332.	2004.0001172-7
333.	2006.0004231-6
334.	2009.0005245-0
335.	2005.0001395-0
336.	2002.0007824-0
337.	2004.0011940-4
338.	2002.0004503-2

339.	2005.0008313-4
340.	2001.0003405-5
341.	2000.0004004-5
342.	2009.0008379-7
343.	2006.0012215-8
344.	2008.0005258-7
345.	2005.0011548-6
346.	1996.0000040-9
347.	1996.0005276-0
348.	2008.0009033-0
349.	2010.0006442-5
350.	2007.0008989-6
351.	2008.0009479-4
352.	1999.0007501-3
353.	2008.0005923-9
354.	1999.0007430-0
355.	2001.0000759-7
356.	2009.0009233-6
357.	2001.0005397-1
358.	2004.000.8885-1
359.	2006.0011645-0
360.	2008.0006362-7
361.	1996.0002751-0
362.	1995.0001684-2
363.	2003.0002768-0
364.	2001.0009466-0
365.	1992.0027040-7
366.	1996.0000667-9
367.	2004.0011543-3
368.	1983.0003095-3
369.	21.0001967-6
370.	2005.00014-0
371.	2009.0013642-4
372.	1998.0005158-9
373.	2004.0008987-4
374.	2001.0007534-7
375.	1996.0002580-0
376.	1989.0083012-7
377.	2007.0006189-4
378.	1997.0000504-6
379.	2008.0000885-5
380.	1996.0005822-9
381.	1990.0040110-2
382.	1995.0001927-2
383.	2008.0003330-2
384.	2006.0014045-8
385.	2006.0013943-3
386.	1995.0003620-7
387.	1998.0003444-7
388.	1994.0002314-6
389.	2002.0003803-6
390.	1997.0007403-0
391.	2007.0017458-3
392.	1996.0003779-5
393.	2000.0011286-0
394.	2004.0003527-8
395.	2004.0012010-0
396.	2005.0008855-1

397.	2007.0015457-4
398.	2008.0004263-8
399.	Não consta.
400.	2006.0013722-8
401.	2002.0003683-1
402.	1998.0006839-2
403.	2007.00013899-4
404.	2009.0007759-2
405.	2009.0019754-7
406.	2009.0008111-5
407.	2003.0002681-1
408.	2006.3895-5
409.	1999.0001970-9
410.	2003.0008978-3
411.	1999.0006299-0
412.	1995.0000804-1
413.	2006.0013004-5
414.	2008.0007803-9
415.	2001.0001874-2
416.	2012.0000464-7
417.	2010.0003085-7
418.	2004.0001296-0
419.	1993.0002786-7
420.	1998.0000655-9
421.	2010.0006503-0
422.	2007.0011120-4
423.	Não consta.
424.	2000.0003896-2
425.	2007.0016341-7
426.	2009.0017007-0
427.	2010.0000466-0
428.	1999.0003625-5
429.	2008.0019755-3
430.	1995.0001886-1
431.	1996.0000456-0
432.	2003.0003347-8
433.	2008.0020075-9
434.	2004.00101333-5
435.	1998.0002945-1
436.	1991.0005011-8
437.	2004.0004077-8
438.	1994.0000700-0
439.	2002.0004730-2
440.	2009.0002039-6
441.	2005.0001613-5
442.	2006.000.8712-3
443.	2001.0007152-0
444.	2001.0007149-0
445.	2000.0010685-2
446.	2002.6615-3
447.	1999.0006596-4
448.	2003.0013476-2
449.	1994.0002020-1
450.	2002.0008000-8
451.	2003.0000394-3
452.	2009.0002222-4
453.	2005.0005981-0
454.	2010.8558-9

455.	2010.0018735-7
456.	2007.0005500-2
457.	2008.0018554-4
458.	2008.0015707-9
459.	2010.0006221-0
460.	2004.0009591-2
461.	2006.0002075-4
462.	2010.0012683-8
463.	1998.0008496-7
464.	1999.0000238-5
465.	1999.0004476-2
466.	1996.0000796-9
467.	2008.0007389-4
468.	1999.0001414-6
469.	2009.000460-9
470.	2010.0013699-0
471.	2010.0017780-7
472.	1989.0083020-8
473.	2002.0006106-2
474.	2007.0013323-2
475.	2004.0012102-6
476.	2008.0005936-0
477.	1997.0007328-9
478.	2006.0005531-0
479.	2010.0003325-2
480.	2008.0008020-3
481.	2007.0004882-0
482.	2005.0005659-5
483.	2004.0001557-9
484.	2007.0005581-9
485.	2009.0002969-5
486.	2004.0011534-4